

Das Leiharbeitsverhältnis

von

PAUL THEUERSBACHER

München

1960

DAS LEIHARBEITSVERHÄLTNIS

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

Paul Theuersbacher

1960



5349/60

Referent: Prof. Dr. A. Hueck

Correferent: Prof. Dr. R. Dietz

Tag der mündlichen Prüfung: 25. 2. 1960
(Schlussberatung)

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
<u>1. Kapitel:</u> Begriff des Leiharbeitsverhältnisses, Erscheinungsformen in der Praxis	1
§ 1. Wesen und Begriffbestimmung des Leiharbeitsverhältnisses	1
I. Das Wesen des Leiharbeitsverhältnisses	1
II. Die Bezeichnung der am Leiharbeitsverhältnis beteiligten Personen	5
§ 2. Der Leiharbeiter in der Praxis, wirtschaftliche Bedeutung	6
I. Gründe für das Verleihen	6
II. Überblick über die praktisch vorkommenden Fälle	8
§ 3. Zur Einteilung der Leiharbeiter	13
<u>2. Kapitel:</u> Die Zulässigkeit des Leiharbeitsverhältnisses nach dem Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (AVAVG)	19
§ 4. In welchen Formen verbietet das AVAVG das Verleihen von Arbeitnehmern?	19
§ 5. Die arbeitsrechtlichen Folgen eines Verstoßes gegen das AVAVG	22
<u>3. Kapitel:</u> Abgrenzung des Leiharbeitsverhältnisses von ähnlichen Rechtsverhältnissen	24
§ 6. Abgrenzung zum Werkvertrag	24
I. Der Begriff "Unternehmerarbeiter"	24
II. Abgrenzung	25
§ 7. Abgrenzung zur Werksbeurlaubung mit Eingehung eines Zwischenarbeitsverhältnisses	28
§ 8. Abgrenzung zum kurzfristigen und unentgeltlichen Überlassen eines Arbeitnehmers für einen Einzelfall	29
<u>4. Kapitel:</u> Problematik und grundsätzliche rechtliche Konstruktion des Leiharbeitsverhältnisses	30

§ 9. Die Problematik des Leiharbeitsverhältnisses	30
I. Die soziale Problematik	30
II. Die rechtliche Problematik	31
§ 10. Das Leiharbeitsverhältnis - kein mittelbares Arbeitsverhältnis	31
I. Das Wesen des mittelbaren Arbeitsverhältnisses	31
II. Abgrenzung	33
§ 11. Die Versuche einer grundsätzlichen rechtlichen Konstruktion des Leiharbeitsverhältnisses	37
I. Übernahme des Beschäftigungsverhältnisses aus dem Sozialversicherungsrecht	37
II. Eingliederungstheorie	39
III. Vertragstheorie	40
§ 12. Grundsätzliche eigene Ansicht	42
<u>5. Kapitel:</u> Die rechtliche Stellung des Leiharbeiters im einzelnen	49
§ 13. Verhältnis Leiharbeiter - Entleiher	49
I. Rechtsnatur	49
II. Gegenseitige Rechte und Pflichten	51
III. Beendigung des Leiharbeitsverhältnisses	60
§ 14. Verhältnis Leiharbeiter - Verleiher	63
§ 15. Verhältnis Verleiher - Entleiher	66
§ 16. Die Rechtsstellung des Leiharbeiters bei den gemischten Rechtsverhältnissen	69
§ 17. Die Rechtsstellung des unter Verletzung des AVAVG verliehenen Arbeitnehmers	71
<u>6. Kapitel:</u> Der Leiharbeiter im Betriebsverfassungsrecht	75
§ 18. Wahlrecht zum Betriebsrat	75
§ 19. Mitwirkungsrecht des Betriebsrats bei der Einstellung des Leiharbeiters im Entleiher-Betrieb	78
Zusammenfassung, Lösungsvorschlag	81

LITERATURVERZEICHNIS

- Amtsberg "Das Überlassen von Arbeitnehmern an einen anderen Betrieb."
"Arbeitsrecht" 1931, S. 82
Zitiert: Amtsberg ArbR 1931, 82
- Beine Die tarifrechtliche Stellung der Unternehmer-
arbeiter im rheinisch-westfälischen Stein-
kohlenrevier.
"Deutsches Arbeitsrecht" 1937, S. 187
Zitiert: Beine DAR 37, 187
- ders. Die rechtliche Stellung des Leiharbeiters.
Diss. Halle 1943 (ungedr.)
- ders. Der Leiharbeiter im Film
"Archiv für Urheber-, Film- und Theaterrecht"
Bd. 16, S. 302
- ders. Arbeitsrechts-Kartei, Leiharbeiter I
Zitiert: AR-Kartei
- ders. Die rechtliche Stellung des Leiharbeiters.
Arbeitsblatt für die Britische Zone 1947,
S. 410. Zitiert: ArbBlBrZ 47, 410
- ders. Neue Rechtsprechung zum mittelbaren
Arbeitsverhältnis.
ArbBlBrZ 48, S. 376
- Bobrowski-Gaul Das Arbeitsrecht im Betrieb. 3. Aufl. 1959
Zitiert: Bobrowski-Gaul
- Brackmann Handbuch der Sozialversicherung
1.-5. Aufl. 1959
Zitiert: Brackmann
- Breu Kommentar zum Bayerischen Personalvertre-
tungsgesetz. 1. Aufl. 1959
Zitiert: Breu Komm.z.BayPVG
- Bulla "Ausleihen" von Arbeitskräften.
Monatshefte für NS-Sozialpolitik 1942, S. 54
Zitiert: Bulla NS-Sozpol 42, 54
- Bulla Mutterschutzgesetz und Frauenarbeitsrecht
Kommentar. 1. Aufl. 1954
Zitiert: Bulla MuSchG
- Citron-Hessel Grundlagen des Einzelarbeitsrechts.
1. Aufl. 1949
Zitiert: Citron-Hessel
- Dalberg Dienstverschaffungsverträge
Juristische Wochenschrift 1911, S. 140
Zitiert: Dalberg, JW 1911, 140

- Kauffmann** Zum Begriff des mittelbaren Arbeitsverhältnisses, seinen Voraussetzungen und Wirkungen.
 "Recht der Arbeit" 1951, S. 176
 Zitiert: Kauffmann RdA 51, 176
- Krebs** Kommentar zum AVAVG
 1. Aufl. 1957
 Zitiert: Krebs Komm.z.AVAVG
- v. Maltzahn** Nochmals: Die Gestellungsverträge der Schwesternorganisationen.
 "Recht der Arbeit" 1955, S. 454
 Zitiert: v. Maltzahn RdA 55, 454
- Mansfeld** Kommentar zum Betriebsrätegesetz
 3. Aufl. 1931
 Zitiert: Mansfeld Komm.z.BRG
 Anmerkung zu RAG ARS 36, 385 (391)
- Marx** Die rechtliche Stellung des sog. Leiharbeiters.
 "Arbeitsrecht" 1929, 345
 Zitiert: Marx ArbR 29, 345
- ders.** Mittelbare Arbeitsverhältnisse
 "Arbeitsrechts-Praxis" 1930, 35
 Zitiert: Marx ArbRPrax 30, 35
- Maurer** Arbeitsrechts-Blattei, Leiharbeitsverhältnis I
 Zitiert: Maurer AR-Blattei
- Maus** Das Recht des Arbeitsvertrages 1947
 Zitiert: Maus Arbeitsvertrag
- ders.** Das Arbeitsverhältnis 1948
 Zitiert: Maus Arbeitsverhältnis
- ders.** Handbuch des Arbeitsrechts
 Band I Teil III
 Zitiert: Maus Hdb.
- Molitor** Verträge über Arbeit, die einem Dritten geleistet werden soll.
 "Das Schlichtungswesen" 1926, 89
 Zitiert: Molitor SchliW 26,89
- ders.** Das deutsche Arbeitsrecht und die Privatrechtswissenschaft
 "Recht der Arbeit" 1948, S. 46
 Zitiert: Molitor RdA 48, 46
- ders.** AR-Blattei, Arbeitspflicht I
- ders.** AR-Blattei, Arbeitsbeschaffungsvertrag I

- Neitzel Anmerkung zu RAG ARS 40, 10 in
AR-Kartei Haftung des Arbeitgebers,
Einzelfälle 19
- Nikisch Lehrbuch des Arbeitsrechts (I.Bd.)
2. Aufl. 1955
Zitiert: Nikisch
- ders. Zur rechtlichen Stellung der Rote-Kreuz-
Schwestern. Zugleich ein Beitrag zum Leih-
arbeitsverhältnis.
Festschrift für Hueck 1959
Zitiert: Nikisch Festschr. f. Hueck
- Oertmann Anmerkung zu RG JW 1920, 248
- Petermeyer Gewerbsmäßige Verleihung von Arbeits-
kräften
"Arbeitsamt" 1956, S. 7
Zitiert: Petermeyer Arbeitsamt 56,7
- Potthoff Das Deutsche Arbeitsrecht 1935
Zitiert: Potthoff
- Priebe Beschäftigungsverhältnis und Arbeitsvertrag.
"Arbeitsrecht und Schlichtung" 1931, 126
Zitiert: Priebe ArbRuSchli 31,126
- Rüdig Gewerbsmäßige Arbeitsvermittlung und
Ausleihen von Arbeitskräften.
"Arbeitsamt" 1956, S.122
Zitiert: Rüdig Arbeitsamt 56,122
- Schelp Gemischte Rechtsverhältnisse mit
arbeitsrechtlichen Elementen.
Festschrift für Wilhelm Herschel 1955
Zitiert: Schelp Festschr.f.Herschel
- Schnorr v. Carolsfeld Lehrbuch des Arbeitsrechts.
2. Aufl. 1954
Zitiert: Schnorr v. Carolsfeld
- Siebert Arbeitsvertrag in: Handbuch der
Sozialwissenschaften. 1956
Zitiert: Siebert HdSW
- Sinzheimer Grundzüge des Arbeitsrechts 1927
Zitiert: Sinzheimer
- Staudinger Kommentar zum BGB. 11. Aufl.
Allg. Teil §§ 1-240 Neubearb. v. Coing (1957)
Zitiert: Staudinger-Coing
Schuldverh. 2. Teil §§ 611-704 Neubearb. v.
Nipperdey-Mohnen-Neumann.
Zitiert: Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann

VIII

- Sturn Das "Ausleihen von Arbeitskräften"
Reichsarbeitsblatt 1942 Teil V S. 235
Zitiert: Sturn RABl 1942.V,235
- Trieschmann Der Leiharbeiter
Diss. Köln 1952
- ders. Die Gestellungsverträge der
Schwesternorganisationen,
zugleich ein Beitrag zur
Leiharbeiterfrage.
"Recht der Arbeit" 1955, 52
Zitiert: Trieschmann RdA 55,52
- ders. Das Leiharbeitsverhältnis
"Der Betrieb" 1956, Beilage 16 zu Heft 39
Zitiert: Trieschmann Betrieb 56 Beilage 16
zu Heft 39
- Vogel Grenzen des Arbeitsvermittlungsmonopols.
"Der Betriebsberater" 1959, 1104
Zitiert: Vogel BB 59, 1104
- Wüstendörfer Seeschiffahrtsrecht. (Bd. 7 Abt. 2 von
Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handels-
rechts) 1923.
Zitiert: Wüstendörfer

1. Kapitel

BEGRIFF DES LEIHARBEITSVERHÄLTNISSES,

ERSCHEINUNGSFORMEN IN DER PRAXIS.

§ 1. Wesen und Begriffsbestimmung des Leiharbeitsverhältnisses

I. Das Wesen des Leiharbeitsverhältnisses

Das Leiharbeitsverhältnis ist, wie schon der Name sagt, eine besondere Form des Arbeitsverhältnisses, die ebenso wie die Bezeichnung "Leiharbeiter" aus der Praxis des Arbeitslebens heraus entstanden ist. Die Leiharbeiter sind eine besondere Gruppe von Arbeitnehmern, die in mancher Hinsicht eine besondere Stellung unter den Beschäftigten einnehmen. ¹⁾

Von einem Leiharbeitsverhältnis spricht man dann, wenn ein selbständiger Unternehmer einen Arbeitnehmer, der zu ihm in einem Arbeitsverhältnis steht, ²⁾ vorübergehende Zeit an einen anderen Unternehmer abstellt ("ausleiht"), wobei der Arbeitnehmer unter Fortbestand des Vertragsverhältnisses zum abgebenden Unternehmer (Verleiher) im Betrieb des anderen Unternehmers (Entleiher) nach dessen Weisungen zu arbeiten hat. ³⁾

Es braucht wohl kaum erwähnt zu werden, daß das Leiharbeitsverhältnis mit der Leihe des BGB (§§ 598 f. BGB) nicht mehr als den Namen gemeinsam hat. Abgesehen davon, daß §§ 598 f. BGB nur für Sachen gelten und eine Analogie auf das "Verleihen" von Menschen unzulässig wäre, bedarf es wohl auch keines Hinweises, daß die §§ 598 f. BGB nicht im entferntesten geeignet wären, der Problematik des Leiharbeitsverhältnisses zu genügen.

1) vgl. Beine, ArbBlBrZ 47, 410

2) Trieschmann, Betrieb 56 Beilage 16 zu Heft 39, I und Maurer AR-Blattei A sprechen von "Rechtsbeziehungen" bzw. "sonstigem Rechtsverhältnis". Diese Formulierung scheint etwas zu weit gefaßt, da z.B. ein familienrechtliches Rechtsverhältnis oder ein Stellenvermittlungsvertrag nicht genügen, um ein Leiharbeitsverhältnis entstehen zu lassen. In diesen Fällen entsteht nur zu dem anderen Unternehmer ein Arbeitsverhältnis, das dadurch, daß es auf Grund von Rechts-

Der Begriff des Leiharbeitsverhältnisses ist auch insofern ungenau, als auch Angestellte an einen anderen Unternehmer abgegeben werden können und daher auch Angestellte Arbeitnehmer eines Leiharbeitsverhältnisses sein können, ohne daß man indessen auch von einem "Leih-Angestelltenverhältnis" spräche. Da das Verleihen meist gegen Entgelt erfolgt, müßte man genauer auch von einem "Mietarbeitsverhältnis" sprechen. Der Begriff des Leiharbeitsverhältnisses ist also in mehrfacher Hinsicht nicht sehr glücklich ⁴⁾, da er noch dazu geeignet ist, den Eindruck hervorzurufen, der Arbeitnehmer werde dabei wie ein Arbeitssklave oder wie ein Stück Ware behandelt ⁵⁾, was aber tatsächlich nicht der Fall ist, wie noch eingehend darzulegen sein wird.

Wesensmerkmal ist zunächst, daß der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung vereinbarungsgemäß während der Zeit der Abstellung nicht seinem Arbeitgeber, mit dem er den Arbeitsvertrag geschlossen hat, sondern einem anderen Unternehmer erbringt. Wichtig ist aber hierbei, daß während dieser Zeit der Arbeitsvertrag zum verleihenden Arbeitgeber nicht aufgehoben wird, sondern fortbesteht. Wird das Arbeitsvertragsverhältnis bis auf einen Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers ganz aufgehoben, dann liegt kein Leiharbeitsverhältnis sondern eine vorübergehende Übertragung des ganzen Arbeitsverhältnisses vor. ⁶⁾ Dieser Fall ist aus dem Kreis der vorstehenden Erörterung auszuschneiden.

Begriffswesentlich für das Leiharbeitsverhältnis ist weiter, daß der abgebende Unternehmer nur verpflichtet ist, den Arbeitnehmer dem anderen Unternehmer zur Verfügung zu stellen, während er auf die von dem abgestellten Arbeitnehmer zu leistende Arbeit weiter keinen Einfluß zu nehmen braucht.

beziehungen des Arbeitnehmers zu einer vermittelnden Person entstanden ist, nicht verändert wird, also kein Leiharbeitsverhältnis. Vgl. dazu unten S. 71 f.

3) vgl. Hueck, S. 471.

4) vgl. Maurer AR-Blattei unter A

5) vgl. das Gewerkschaftsorgan "Die Quelle" 55, 321 "Arbeitskraft zu vermieten, moderne Soldknechtschaft"

6) vgl. Hueck, S. 472; a.A. zu Unrecht LAG Düsseldorf v.4.4.49, ARSt III, Ziff. 597

Mit anderen Worten: Arbeitet ein Arbeitnehmer in einem fremden Betrieb, so liegt ein Leiharbeitsverhältnis nur dann vor, wenn der abgebende Unternehmer dem Dritten lediglich die Arbeitskraft des Arbeitnehmers zur Verfügung zu stellen hat, nicht aber zur Erreichung eines bestimmten Arbeitserfolges verpflichtet ist. ⁷⁾

Vom Leiharbeitsverhältnis zu unterscheiden ist auch der Fall, daß der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer Arbeiten überträgt, die einem anderen nur zugute kommen, oder den Arbeitnehmer von vornherein im Interesse und für die Bedürfnisse eines Dritten einstellt, ohne daß dabei der Arbeitnehmer in Rechtsbeziehungen zu dem Dritten tritt. Hier ändert sich an dem Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers, insbesondere an seiner Arbeitspflicht gegenüber dem einstellenden Arbeitgeber nichts. ⁸⁾ Ein Leiharbeitsverhältnis ist hier nur dann gegeben, wenn der Arbeitnehmer auf bestimmte Zeit in den Dienst des Dritten treten soll und in seinen Betrieb eingeordnet wird, da nur hier infolge der engen tatsächlichen Beziehungen auch arbeitsrechtliche Beziehungen zwischen dem Arbeitnehmer und dem Dritten entstehen. ⁹⁾

Ein Leiharbeitsverhältnis liegt demnach nur vor, wenn ein Unternehmer einen oder mehrere seiner Arbeitnehmer einem anderen Unternehmer zur Arbeitsleistung auf Zeit zur Verfügung stellt dergestalt, daß die Arbeitnehmer unter Fortbestand des Arbeitsvertragsverhältnisses zum abgebenden Unternehmer in den Betrieb des anderen Unternehmers eingeordnet werden und dort nach dessen Weisungen arbeiten, wobei sich der abgebende Unternehmer nicht zur Herbeiführung eines bestimmten Arbeitserfolges verpflichtet.

7) vgl. Trieschmann, Betrieb 56 Beilage 16 unter I; Bobrowski-Gaul, S. 51; Hueck, S. 472. Zur Abgrenzung vom Werkvertrag s.u. S. 25 f.

8) vgl. Hueck, S. 181/182 und LAG Düsseldorf v. 27.8.1957, BB 58, 82

9) Rechtliche Beziehungen zwischen dem Arbeitnehmer und dem Dritten entstehen auch schon bei einem berechtigenden Vertrag zwischen anstellenden Arbeitgebern und Arbeitnehmern zugunsten des Dritten, § 328 BGB. Hier steht dem Dritten aber nur der Anspruch auf die Arbeitsleistung zu, ohne daß im übrigen arbeitsrechtliche Beziehungen zu dem Arbeitnehmer entstehen.

Der abgebende Unternehmer leitet sein Recht zur Abstellung des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsverhältnis zu diesem her, der Arbeitnehmer muß aber seine Zustimmung geben (§ 613 S. 2 BGB). Das Leiharbeitsverhältnis verstößt nicht gegen unsere Rechtsordnung, es ist im Rahmen der Vertragsfreiheit zulässig, § 613 S. 2 BGB enthält nur nachgiebiges Recht. ¹⁰⁾

Unwesentlich für den Begriff des Leiharbeitsverhältnisses ist im übrigen, wie die Beteiligten im Rahmen der Vertragsfreiheit die Rechtsbeziehungen im einzelnen gestaltet haben.

So besteht kein Grund dafür, den Fall vom Leiharbeitsverhältnis auszunehmen, daß der abgebende Unternehmer den Arbeitnehmer dem Dritten unentgeltlich und gefälligkeitshalber zur Verfügung stellt, weil hier der abgebende Unternehmer keinerlei Verpflichtung gegenüber dem Dritten übernehme. ¹¹⁾ Diese Ansicht geht fehl. Zwar wird in der Praxis sehr oft oder meistens das Zurverfügungstellen von Arbeitnehmern nur gegen eine Vergütung geschehen, für die rechtliche Einordnung als Leiharbeitsverhältnis kann dies aber nicht entscheidend sein. Die Entgeltlichkeit des Verleihens ist kein Wesensmerkmal des Leiharbeitsverhältnisses. Abmachungen zwischen den beiden Unternehmern können zwar die Rechtsstellung des Arbeitnehmers beeinflussen, die Zahlung einer Vergütung betrifft aber nur das Rechtsverhältnis zwischen den beiden Unternehmern, der Arbeitnehmer wird dadurch nicht berührt. Seine arbeitsrechtliche Stellung zwischen den beiden Unternehmern ist in beiden Fällen dieselbe, gleich ob der abgebende Unternehmer eine Verpflichtung übernimmt und eine Vergütung dafür bekommt oder nicht. Es gehört somit auch der Fall des unentgeltlichen Zurverfügungstellens zum Leiharbeitsverhältnis.

Unwesentlich ist es auch für den Begriff des Leiharbeitsverhältnisses, wie im Einzelfall die Arbeitgeberrechte und Pflichten zwischen den beiden Unternehmern verteilt sind, so

¹⁰⁾ vgl. Hueck, S. 182, Staudinger, Anm. 2 zu § 613

¹¹⁾ Beine, AR-Kartei unter I; Maurer, AR-Blattei unter A.

ist z.B. ein Leiharbeitsverhältnis nicht nur dann gegeben, wenn der andere Unternehmer (Entleiher den Lohn an den Arbeitnehmer zahlt und die Sozialabgaben und Steuern abführt.¹²⁾

II. Die Bezeichnung der am Leiharbeitsverhältnis beteiligten Personen.

Die Bezeichnungen Leiharbeiter und Leiharbeitsverhältnis sind zwar wenig glücklich, haben sich aber bereits in Praxis, Schrifttum und Rechtsprechung so eingebürgert, daß an eine Ersetzung durch einen anderen Begriff nicht zu denken ist; an ihnen ist daher festzuhalten. Von manchen Schriftstellern wird allerdings für den abgebenden Unternehmer (Verleiher) die Bezeichnung "Zwischen-Unternehmer" bzw. "Zwischen-Arbeitgeber" und für den anderen Unternehmer (Entleiher) die Bezeichnung "Betriebs-Unternehmer" bzw. "Betriebs-Arbeitgeber" gebraucht, da ersterer Arbeitgeber des Leiharbeiters sei und zwischen diesem und dem anderen Unternehmer stehe, letzterer Arbeitgeber des Betriebes sei, in dem der Leiharbeiter tätig werde.¹³⁾

Diese beiden Bezeichnungen sind meines Erachtens abgesehen davon, daß sie schon sprachlich nicht sehr schön sind, auch nicht besonders zutreffend. "Zwischen-Arbeitgeber" könnte auch der Entleiher sein, wenn man ihn so betrachtet, daß er zwischen dem Leiharbeiter und dem Verleiher steht. Weiter erinnert diese Bezeichnung an den "Zwischenmeister" beim mittelbaren Arbeitsverhältnis, wobei indes die Stellung beider sehr verschieden ist, da der Zwischenmeister selbst nur Arbeitnehmer, der "Zwischen-Unternehmer" aber selbständiger Unternehmer ist. Auch im Interesse einer klaren Abgrenzung zwischen mittelbarem Arbeitsverhältnis und Leiharbeitsverhältnis¹⁴⁾ sollte man diese Bezeichnung nicht

12) So anscheinend LAG Düsseldorf v. 4.4.49, ARSt III, Ziff. 597

13) vgl. Beine, AR-Kartei unter I und ArbBlBrZ 47, 410;
Trieschmann, Betrieb 56, Beilage 16 unter I;
Hofrichter S. 198.

14) Dazu siehe unten S. 33 f.

gebrauchen. Die Bezeichnung "Verleiher-Arbeitgeber" und "Entleiher-Arbeitgeber" wäre zutreffender, ist aber schwerfällig. Aus Gründen der Zweckmäßigkeit und Einfachheit soll deshalb entsprechend den Begriffen "Leiharbeiter" und "Leiharbeitsverhältnis" auch an den Bezeichnungen "Verleiher" und "Entleiher" festgehalten werden, da diese ohne weiteres verständlich sind und es andererseits klar ist, daß damit keine Diskriminierung des Leiharbeiters verbunden ist. Diese Bezeichnungen werden auch mehr und mehr im Schrifttum gebraucht ¹⁵⁾ und finden auch Eingang in die Rechtsprechung. ¹⁶⁾

§ 2. Der Leiharbeiter in der Praxis - wirtschaftliche Bedeutung

I. Gründe für das "Verleihen" von Arbeitnehmern

Einer der Hauptgründe für das Verleihen dürften die im Wirtschaftsleben wohl immer auftretenden Schwankungen des Bedarfs an Arbeitskräften sein und zwar in der Weise, daß ein Unternehmer - der Verleiher - zumindest einen Teil seiner Arbeitnehmer nicht oder nicht ausreichend beschäftigen kann, während ein anderer Unternehmer - der Entleiher - vorübergehend mehr Arbeitskräfte benötigt. ¹⁾ Der Minderbedarf an Arbeitskräften beim Verleiher ist meist durch einen Produktionsrückgang bedingt, der seinen Grund z.B. in Absatzschwierigkeiten oder Rohstoffmangel (z.B. wegen Streik in den Zulieferungsbetrieben) haben kann. Es kommt auch vor, daß der Verleiher Spezialisten für besondere, seltener auftretende Arbeiten (z.B. Schieß- oder Sprengmeister in Steinbrüchen, Taucher einer Bergungsfirma u.ä.) nicht dauernd im eigenen Betrieb beschäftigen kann, weil es zeitweise an solchen Spezialaufgaben fehlt. Der Rückgang des Bedarfs an Arbeitskräften kann auch saisonbedingt sein. Demgegenüber besteht beim Entleiher ein vorübergehender Mehrbedarf an Arbeitskräften, vor allem wegen saison- oder konjunkturbedingter Absatzsteigerungen, Urlaubs- oder Krankheitsver-

15) vgl. Hueck, S. 472; Nikisch, S. 214; Maurer, AR-Blattei unter A.

16) vgl. LAG Bremen v. 7.1.59, BB 59; 407

1) vgl. Amtsberg, ArbR 31, 84; Hofrichter, S. 31; Sturn, RABl 1942 V, S.235; Maurer, AR-Blattei unter B

tretungen, oder er benötigt vorübergehend spezialisierte Fachkräfte für besondere, nicht alltägliche Betriebsaufgaben (z.B. Inbetriebnahme einer neuen Anlage, Einarbeitung von Arbeitnehmern).

Es ist klar, daß hier das zeitweilige Überlassen von Arbeitnehmern von einem Betrieb an den anderen Vorteile für alle Beteiligten haben kann. Der Verleiher braucht in diesen Fällen nicht zu kündigen oder Kurzarbeit bzw. Werksbeurlaubung einzuführen und kann sich so vor allem seine Fachkräfte erhalten. Der Entleiher dagegen braucht nicht zu einer für ihn oft unzweckmäßigen Dauer- oder befristeten Einstellung zu greifen; außerdem sind die ausgeliehenen Arbeitnehmer meist eingearbeitete Fachkräfte, die er am Arbeitsmarkt nur schwer oder überhaupt nicht bekommen würde. Schließlich hat auch der Leiharbeiter selbst den Vorteil, ungekündigt zu bleiben bzw. nicht durch Kurzarbeit oder Werksbeurlaubung Lohneinbußen zu erleiden.

Neben diesem durch Schwankungen des Bedarfs an Arbeitskräften bedingten Ausleihen gibt es auch noch andere Gründe für das Überlassen von Arbeitnehmern, so z.B. gegenseitiges Ausleihen zum Erfahrungsaustausch oder zur beruflichen Fortbildung von qualifizierten Fachkräften befreundeter Unternehmen, oder es kommt vor, daß Unternehmen einen Vertrauensmann in Tochtergesellschaften oder in andere abhängige Unternehmen entsenden, um dort die Geschäftsleitung zu überwachen oder zu beeinflussen. ²⁾

Schließlich werden häufig Arbeitnehmer in Verbindung mit Vermietung von Sachen als deren Bedienungspersonal an den Mieter überlassen. Der Grund hierfür ist, daß die gemietete Sache für den Mieter allein ohne fachkundiges Bedienungspersonal wertlos wäre - meist handelt es sich um fachkundige Bedienung erfordernde Maschinen wie Frachtschiffe, Straßenwalzen, Planierraupen, Baukräne, Bagger, Dreschmaschinen usw. -

2) vgl. Molitor, AR-Blattei Arbeitspflicht I unter C II und die Fälle in RAG v. 27.10.34, ARS 22,75 und LAG Frankfurt/M. v. 6.12.50, AP 52 Nr. 45.

ein Werkvertrag aber deshalb nicht geschlossen wird, weil der Mieter bei der Überlassung von Maschine mit Personal seinen Zwecken entsprechend freier und zweckmäßiger darüber verfügen kann und es dem Vermieter gleichgültig ist, ob er die Herstellung des Arbeitserfolges übernimmt oder nur die Maschine mit Personal stellt. ³⁾

II. Überblick über die praktisch vorkommenden Fälle

Das Leiharbeitsverhältnis kann, wie der vorangegangene Überblick zeigt, seiner Natur nach sehr verschiedenen Zwecken dienen, es ist demnach auch nicht auf bestimmte Wirtschaftszweige beschränkt. ⁴⁾

Leiharbeiter gibt es vor allem im Bergbau, in der Eisen- und Metallindustrie und im Baugewerbe (Akkordkolonnen). ⁵⁾ Im Bergbau und Hüttenwesen ist das Leiharbeiter-Wesen allerdings stark zurückgegangen. Hier gab es früher Unternehmer, die das Ausleihen von Arbeitnehmern an Zechen und Hüttenwerke gewerbsmäßig gegen Entgelt betrieben. ⁶⁾ Die Leiharbeiter wurden dort vor allem für bergmännische Arbeiten über Tage eingesetzt und arbeiteten oft jahrelang auf derselben Zeche. Die Verleiher-Unternehmer traten in verschiedenen Formen auf, von sog. Gemischt-Unternehmen, die neben einer Hoch- oder Tiefbaufirma eine Leiharbeiter-Abteilung besaßen, bis zu "reinen Arbeiterverleihunternehmen" ⁷⁾, die nur ein Verwaltungsbüro besaßen. ⁸⁾ Diese Unternehmer waren zum Teil auch von den Entleiherfirmen vollständig abhängig, stellten die Arbeitnehmer nur auf deren Anweisung und nur zu genau vorgeschriebenen Bedingungen ein, hatten die Arbeitspapiere zu hinterlegen und die Arbeitnehmer auf Verlangen des Entleihers wieder zu entlassen. Der Verleiher

3) vgl. Hofrichter S. 31

4) vgl. auch die Übersichten bei Dersch, AR-Blattei Arbeitsvertrag - Arbeitsverhältnis III. Mittelbares Arbeitsverhältnis unter I 1. und Maurer, AR-Blattei unter C.

5) vgl. EnB NS-SozPol 38, 563/64

6) vgl. EnB aaO S. 562 f., Beine, DAR 37, 187 f.; Hofrichter, S. 32; Endemann, BB 54, 473 f.

7) Ausdruck von EnB aaO.

8) vgl. ausführlich Beine und EnB aaO.

war in diesen Fällen also praktisch nur Einstellungs- und Lohnzahlungsbüro. ⁹⁾ Die Entleiher-Großunternehmen hielten sich auf diese Weise eine bewegliche Arbeitsreserve für Produktionsspitzen, konnten aber auch die Leiharbeiter für eine eventuelle spätere Übernahme einer Eignungsprüfung unterziehen, ohne arbeitsrechtlich dabei gebunden zu sein. Es ist klar, daß diese Form des Überlassens von Arbeitnehmern nicht mehr dem ursprünglichen Zweck des Leiharbeitsverhältnisses entsprach, vielmehr einen "Auswuchs unternehmerischer Findigkeit" ¹⁰⁾ darstellte, zumal die Leiharbeiter meist nach einem niedrigeren als dem Tarif des Entleiher-Unternehmens entlohnt wurden ¹¹⁾ und es nahelag, daß diese Gestaltung der Arbeitsverhältnisse zur Umgehung von Tarifverträgen und Kündigungsschutz mißbraucht wurden. Die Leiharbeiter genossen z.B. keinen Kündigungsschutz gegenüber der Zeche, da sie hier in keinem Arbeitsverhältnis standen, während der gegenüber dem Verleiher wohl bestehende Kündigungsschutz nicht wirksam genug war, da dessen Kündigung in der Regel aus dringenden betrieblichen Erfordernissen sozial gerechtfertigt war, wenn er selbst nur im Besitz eines Vermittlungsbüros - den Leiharbeiter bei anderen Unternehmern nicht unterbringen konnte. Die Leiharbeiter, in diesen Fällen vielfach Unternehmerarbeiter genannt ¹²⁾, waren somit in vielen Beziehungen schlechter gestellt, als die auf derselben Zeche beschäftigten Stammarbeiter; das gewerbsmäßige Verleihen von Arbeitnehmern war als sozial äußerst bedenklich anzusehen. Das Problem erwies sich auch einer Regelung durch Tarifordnungen bzw. Tarifverträge als schwer zugänglich, da die Verleiher-Unternehmer überhaupt nicht und die Leiharbeiter nur selten tarifgebunden waren, während die für Leiharbeiter auf den Zechen geltenden Tarifordnungen zwar bestimmten, daß den Leiharbeitern der Zechentarif zustehe, diesen selbst aber keinen klagbaren Anspruch darauf gaben. ^{12a)} Der einzig

9) vgl. Marx, ArbR 1929, 348; Hofrichter, S. 33; Endemann, BB 54, 474

10) vgl. DGB-Organ "Die Quelle" 1955, 321

11) vgl. EnS aaO. S. 564

12) zu diesem Begriff vgl. unten S. 24 f.

12a) vgl. Beine, DAR 1937, 188; Höcker, RdA 54, 129 rechts unten

berechtigte Zweck solcher Leiharbeitsverhältnisse, einen plötzlich auftretenden Mehrbedarf an Arbeitskräften zu bewältigen, dem das Arbeitsamt mit seinem schwerfälligen Apparat unter Umständen nicht rechtzeitig nachkommen kann, ist auch durch Abschluß von Werkverträgen mit entsprechend eingerichteten Firmen zu erreichen und wird heute in vielen Betrieben auch durch sog. Einsatzbetriebe erreicht. Diese Einsatzbetriebe stellen ^{12b)} eine besondere Betriebsabteilung dar, die für Sonderanforderungen anderer Betriebsabteilungen, wie Planierungs-, Räumungs- und Bauarbeiten jeder Art, sowie zur Einschleusung neuer und zur Aufnahme im Augenblick überzähliger Belegschaftsmitglieder zur Verfügung steht. Die Arbeitnehmer des Einsatzbetriebes sind Arbeitnehmer des Werkes selbst.

Das gewerbsmäßige und sozial durchaus unerfreuliche Verleihen von Arbeitnehmern in der Montanindustrie hat heute aber infolge der Einrichtung solcher Einsatzbetriebe und vor allem durch die auf Grund der Änderung des AVAVG vom 4.3.57 ¹³⁾ verschärfte Bekämpfung durch die Arbeitsverwaltung, die entweder auf den Abschluß von Werkverträgen oder auf die Einstellung als Stammarbeiter hinwirkt, keine Bedeutung mehr, es ist praktisch verschwunden. ¹⁴⁾

Davon abgesehen gibt es aber in vielen anderen Wirtschaftszweigen noch Leiharbeitsverhältnisse, die durchaus berechtigten Bedürfnissen dienen. Ohne einen Anspruch auf Vollständigkeit zu erheben, kann man hier hervorheben: Das Zurverfügustellen von Werbekolonnen durch Werbefirmen, ¹⁵⁾

12b) Nach einer Auskunft der Hüttenwerke Salzgitter AG.

13) vgl. dazu unten S. 19 f.

14) Nach einer Auskunft der Bundesanstalt f. AVAV; vgl. auch Bobrowski-Gaul, S. 51 und Molitor, AR-Blätter aaO. unter C II. Zahlenmäßig wurde es wohl auch früher gern überschätzt. Die Zahl der gewerbsmäßig verliehenen Arbeitnehmer betrug nach der Auskunft der BAnst. im Jahr 1957 nach Schätzungen - statistische Unterlagen liegen nicht vor - etwa 3000. Die Zahl von 30.000 beruht auf falschen Angaben in einem tendenziösen Artikel der englischen Zeitung "Daily Express" vom September 1957.

15) vgl. den Fall LAG Düsseldorf v. 6.12.57, BB 58, 665.

das Verleihen von Fachpersonal im Film, vor allem in Verbindung mit der Vermietung von Ateliers,¹⁶⁾ der Zeitchartervertrag (Vermietung eines Schiffes mit Besatzung) und die sonstigen Fälle der Vermietung von Maschinen mit Stellung des Bedienungspersonals,¹⁷⁾ ferner der sog. Impresariovertrag. Hier verpflichtet eine Konzertdirektion einen Künstler für bestimmte Zeit gegen festes Gehalt, überläßt ihn aber, soweit sie die Konzerte nicht auf eigene Rechnung ausführen kann oder will, gegen Vergütung an eine andere Konzertdirektion für die Veranstaltung von Konzerten.¹⁸⁾

Streitig ist, ob auch die Gestellungsverträge der Schwesternorganisationen des Roten Kreuzes mit den Krankenhausträgern Leiharbeitsverhältnisse darstellen.¹⁹⁾ Es handelt sich hier um Verträge, in denen sich die Schwesternorganisationen verpflichten, in einem bestimmten Krankenhaus die Krankenpflege zu übernehmen bzw. die erforderliche Zahl von fachlich und gesundheitlich geeigneten Schwestern zu stellen. Um diese Aufgabe erfüllen zu können, nehmen die Organisationen auch freie, keiner Organisation angehörenden Schwestern in Dienst (sog. Gastschwestern), die sie dann ebenfalls in Krankenhäusern einsetzen. In den Gestellungsverträgen werden auch alle Einzelheiten über Dienstaufsicht, Vergütung an die Schwesternschaft, Urlaub der Schwestern und Kündigung festgelegt.²⁰⁾

Auf das Problem der Schwesterngestellungsverträge hier näher einzugehen, würde den Rahmen der vorliegenden Arbeit überschreiten, da es hier weniger um die Frage des Vorliegens eines Leiharbeitsverhältnisses geht, als vielmehr um die Frage, ob die Schwestern überhaupt in einem Arbeitsverhältnis zur Schwesternschaft einerseits oder zum Krankenhausträger andererseits stehen können. Das ist schon deshalb

16) vgl. Beine, AR-Kartei unter VI. und Archiv f. Urheber-Theater- und Filmrecht Bd. 16, S. 302 f.

17) vgl. oben S. 7 und Hofrichter, S. 29; RGJW 20, 284

18) vgl. Hofrichter, S. 30

19) bejahend Trieschmann, RdA 55, 52 f.; Molitor, AR-Blattei Arbeitsbeschaffungsvertrag I unter A; verneinend von

Maltzahn, RdA 55, 454 f; Nikisch, Festschr. f. Hueck S. 1 f.

20) vgl. zum ganzen Nikisch aaO. S. 1 f.

sehr fraglich, weil die Rotkreuzschwestern als Angehörige einer Organisation, deren Beschäftigung vorwiegend durch Beweggründe karitativer oder religiöser Art bestimmt wird (vgl. § 4 II d, Betr VG), nicht zu den Arbeitnehmern gehören dürften.²¹⁾ Davon abgesehen erscheint die Ansicht Nikischs²²⁾ richtig, die Mitgliedsschwester stehe als Mitglied der Schwesternschaft zu ihr in keinem Arbeitsverhältnis, die Gastschwester stehe zwar in einem Arbeitsverhältnis zur Schwesternschaft, beide aber stünden nach dem Inhalt der Gestellungsverträge jedenfalls zum Krankenhaussträger in keinem Arbeitsverhältnis, da die Organisation die Krankenpflege unter eigener Verantwortung übernehme und ausdrücklich bestimmt werde, daß die Schwestern nur im Dienste der Schwesternschaft tätig seien, ein Rechtsverhältnis zum Krankenhaussträger also nicht begründet werde.²³⁾ Dies wird meines Erachtens durch den von Nikisch²⁴⁾ wiedergegebenen Inhalt der Gestellungsverträge bestätigt. Hiernach steht das Direktionsrecht abgesehen von den notwendigen ärztlichen Anordnungen der Oberschwester der Organisation zu, der Krankenhaussträger verzichtet darauf, andere, der Organisation nicht angehörende Schwestern einzustellen, es wird eine Art Pauschalvergütung, berechnet nach Zahl und Qualifikation der Schwestern, nur an die Organisation gezahlt, die ihrerseits den Schwestern Lohn und Urlaub gewährt, der Krankenhaussträger hat kein Kündigungsrecht gegenüber den Schwestern, lediglich das Recht, die Abberufung zu verlangen, ferner haftet die Organisation für die Schwestern gem. § 278 BGB.

Es liegt daher, abgesehen von den Zweifeln an der Arbeitnehmer-Eigenschaft der Rotkreuzschwestern, zwischen Krankenhaussträger und Schwesternschaft ein fortlaufender Dienstvertrag vor²⁵⁾, so daß die Rotkreuzschwestern aus dem Problemkreis des Leiharbeitsverhältnisses ausscheiden, da es sich um

21) vgl. Nikisch aaO. S. 4 f; BAG v. 18.2.56, AP Nr. 1 zu § 5 ArbGG

22) S. 10 f.

23) S. 14, 15

24) S. 16 f.

25) Zur Abgrenzung Dienstvertrag - Leiharbeitsverhältnis siehe noch unten S. 28

einen seiner Natur nach anders gearteten Tatbestand handelt. Es wäre meines Erachtens unzutreffend, die Schwestern des Roten Kreuzes als "Leiharbeiterinnen" zu bezeichnen.

§ 3. Zur Einteilung der Leiharbeiter

Man hat die Leiharbeiter in verschiedene Gruppen eingeteilt nach dem Gesichtspunkt, ob der Leiharbeiter vorwiegend bei einem Entleiher oder bei seinem eigentlichen Arbeitgeber, dem Verleiher, tätig ist. Danach unterscheidet man üblicherweise sog. echte und unechte Leiharbeiter. ¹⁾

Unter "echtem" Leiharbeiter versteht man den Leiharbeiter, der in einem Arbeitsverhältnis zum Verleiher steht, überwiegend bei ihm arbeitet und nur in Ausnahmefällen gelegentlich und vorübergehend bei einem Entleiher tätig wird, wobei es gleichgültig ist, ob das Ausleihen schon bei Begründung des Arbeitsverhältnisses vorgesehen war oder erst später vereinbart wurde. ²⁾ Entscheidend für den Begriff "echt" ist nur, daß die Tätigkeit des Leiharbeiters beim Verleiher die überwiegende bleibt, was rein zeitlich zu verstehen ist. ³⁾ Als "echt" wird diese Art des Leiharbeiters bezeichnet, weil einerseits die charakteristischen Züge des Leiharbeitsverhältnisses vorhanden seien und andererseits grundsätzlich nur diese Form des Ausleihens einem echten wirtschaftlichen Bedürfnis entspreche und sozialpolitisch vertretbar sei. ⁴⁾

Demgegenüber spricht man von einem "unechten" Leiharbeiter, wenn der Verleiher den Arbeitnehmer nur einstellt, um ihn primär, d.h. bei sich bietender Gelegenheit oder überhaupt nur an andere Unternehmer auszuleihen. ⁵⁾ Unerheblich

1) Trieschmann, Betrieb 56 Beilage 16 unter II; Beine, ArbBlBrZ 47, 410/411; Endemann, BB 51, 786; Maus, Hdb. S. 50; Bobrowski-Gaul, S. 51.

2) vgl. die unter ¹⁾ zitierten Stellen.

3) vgl. Trieschmann, aaO. unter II 1

4) vgl. Beine, AR-Kartei unter II.2 am Schluß

5) vgl. Beine, ArbBlBrZ 47, 411; Trieschmann, aaO. unter II 2; Bobrowski-Gaul, S 51; Maus, Hdb. S. 58/59; Hofrichter, S. 32, nennt diese Fälle Unternehmerarbeiter (dazu siehe unten S.24)

für den Begriff des "unechten" Leiharbeiters ist es, ob er lange bei demselben Entleiher tätig ist oder den Arbeitsplatz wechselt. Da es vom gelegentlichen bis zum Nur-Ausleihen viele Zwischenformen geben kann, ist für die Unterscheidung des "unechten" Leiharbeiters vom "echten" nur maßgebend, ob die Tätigkeit bei einem Entleiher überwiegt. ⁶⁾ Man bezeichnet diese Art des Leiharbeiters als unecht, weil hier der Verleiher in der Regel nur Scheinarbeitgeber sei und oft gar keinen eigenen Betrieb habe, während es Wesensmerkmal des (echten) Leiharbeitsverhältnisses sei, daß der Verleiher Arbeitnehmer zur Verfügung stelle, die zu ihm in einem Arbeitsverhältnis stünden. Unecht werden sie auch deshalb genannt, weil sie nicht mehr den ursprünglichen Zwecken, die zur Entstehung des Leiharbeitsverhältnisses geführt haben, entsprechen. ⁷⁾ Unechte Leiharbeiter in diesem Sinne waren früher vor allem die Arbeitnehmer der sog. Gemischt- und Bergbau-Unternehmen im rheinisch-westfälischen Steinkohlenrevier. ⁸⁾

Die Form des "unechten" Leiharbeitsverhältnisses, bei der der Leiharbeiter überhaupt nur an andere Unternehmer verliehen wird und nie im Betrieb des Verleihers arbeitet, der in der Regel dann gar keinen Betrieb hat, wird von manchen als "Berufsleiharbeiter" bezeichnet. ⁹⁾ Es handelt sich hier um einen Unterfall des unechten Leiharbeiters. Die Bezeichnung "Berufsleiharbeiter" ist deshalb gewählt, weil hier die Tätigkeit für einen Entleiher einen Beruf bildet, der Leiharbeiter nur Leiharbeiter sei. ¹⁰⁾

und spricht von "Umgehungsfällen", wenn der Arbeitnehmer nur in fremden Betrieben beschäftigt wird, (S. 35). Ähnlich Endemann BB 54, 474: Unternehmerarbeiter ein Unterfall der Berufsleiharbeiter, da er nur zum gewerbsmäßigen Ausleihen eingestellt werde.

6) vgl. Trieschmann, Bobrowski-Gaul aaO.

7) vgl. Trieschmann, aaO unter II 2, Beine, AR-Kartei unter II 2.

8) vgl. oben S. 8 f.

9) vgl. Beine, ArbBlBrZ 47, 411; AR-Kartei unter II 3; Endemann, BB 51, 787 und BB 54, 474; Hueck S. 476 spricht schon bei den unechten Leiharbeitern im oben bezeichneten Sinne von Berufsleiharbeitern, wenn der Verleiher aus dem Abschluß von Leihverträgen ein Gewerbe macht.

10) vgl. Beine, AR-Kartei unter II 3 und ArbBlBrZ 47, 411

Die sog. gemischten Rechtsverhältnisse, bei denen die Leiharbeiter dem Entleiher in Verbindung mit Vermietung von Sachen als deren Bedienungspersonal zur Verfügung gestellt werden, nehmen dieser Einteilung gegenüber eine Sonderstellung ein. Einmal sind sie keine echten Leiharbeiter, weil sie in der Regel überwiegend oder ausschließlich ausgeliehen werden, da der Verleiher hier oft einen Gewerbebetrieb hat, der vorwiegend oder nur in der Vermietung von Sachen mit Bedienungspersonal besteht, wie z.B. bei der Vermietung von Kraftfahrzeugen, Dreschmaschinen, Straßenwalzen u.ä. Zum andern sollen sie keine unechten Leiharbeiter sein, weil hier die Bindung an den Verleiherbetrieb stärker sei als bei den "unechten" Leiharbeitern, da die Leiharbeiter hier die Sache des Verleihers bedienen, also seine Arbeitsaufgabe miterfüllen und so stärker in den Betrieb des Verleihers eingegliedert bleiben. ¹¹⁾

Diese Einteilung der Leiharbeiter ist nicht unangreifbar, zudem ist es fraglich, ob sie im jetzigen Zeitpunkt noch überhaupt nötig ist, da die unechten Leiharbeiter praktisch kaum mehr vorkommen.

Zunächst scheint es richtiger, entgegen der Meinung Trieschmanns, ¹²⁾ der beim unechten Leiharbeiter nicht unterscheidet, ob er ausschließlich ausgeliehen wird oder auch zeitweilig beim Verleiher arbeitet, den "Berufsleiharbeiter" im oben beschriebenen Sinn vom "unechten" Leiharbeiter, der auch zeitweilig beim Verleiher arbeitet (im folgenden "unechter Leiharbeiter" genannt) zu trennen. Das Rechtsverhältnis zum Verleiher ist beim Berufsleiharbeiter in verschiedener Hinsicht anders als beim unechten. So besteht beim Berufsleiharbeiter keine Arbeitspflicht gegenüber dem Verleiher, da er sich ja nur verpflichtet, sich auf Anforderung einem Entleiher zur Verfügung zu stellen. Beim unechten Leiharbeiter

11) vgl. Trieschmann, Betrieb 56, Beilage 16 unter II 3; Beine, AR-Kartei unter II 4

12) Betrieb 56 Beilage 16 unter II 2; ähnlich auch Maus, Hdb. S. 58/59

besteht aber grundsätzlich eine Arbeitspflicht gegenüber dem Verleiher, die allerdings dadurch bedingt ist, daß kein Ausleihen möglich ist. Demgegenüber wird beim Berufsleiharbeiter in der Regel eine Pflicht des Verleihers bestehen, für die Beschaffung von Arbeitsplätzen zu sorgen, ¹³⁾ während der Verleiher des unechten Leiharbeiters grundsätzlich nicht dazu verpflichtet ist, da er ja den Leiharbeiter jederzeit im eigenen Betrieb beschäftigen kann. Auch kann die Verteilung des Betriebsrisikos in beiden Fällen verschieden sein. Das Betriebsrisiko hat nach jetzt h.M. grundsätzlich der Arbeitgeber zu tragen. ¹⁴⁾ Beim unechten Leiharbeiter trägt also der Verleiher wie jeder andere Arbeitgeber das Betriebsrisiko, d.h. er bleibt zur Lohnzahlung verpflichtet, wenn er den Leiharbeiter nicht bei einem Entleiher unterbringen oder aus sonstigen in seinem Betrieb liegenden Gründen auch im eigenen Betrieb nicht beschäftigen kann. Da die Parteien aber über die Verteilung des Betriebsrisikos beliebige Vereinbarungen treffen können ¹⁵⁾, ist beim Berufsleiharbeiter wegen der besonderen Natur dieses Rechtsverhältnisses eine andere Verteilung des Betriebsrisikos in Betracht zu ziehen. Das ist einmal dahin denkbar, daß der Verleiher auf jeden Fall für den Lohn garantiert, ¹⁶⁾ aber auch in der Richtung, daß der Berufsleiharbeiter für den Fall, daß ein Arbeitsplatz nicht beschafft werden kann, nur einen Bruchteil des Lohnes oder gar keine Vergütung erhalten soll. Ob das eine oder andere der Fall ist, hängt natürlich von den vertraglichen Abmachungen ab, solche können sich aber und werden sich beim Berufsleiharbeiter des öfteren aus den Umständen ergeben.

Der Berufsleiharbeiter ist aber nicht nur vom unechten Leiharbeiter zu trennen, sondern er ist überhaupt aus dem Leiharbeitsverhältnis auszuschneiden. Das Rechtsverhältnis

13) vgl. Herschel JW 37, 1116: "Arbeitsplatzverschaffungsvertrag"

14) vgl. Hueck Lehrb. I, S. 321 m.Nachw.

15) vgl. Hueck, Lehrb. I, S. 317; RAG ARS 43, 21 u. 134

16) vgl. Herschel JW 37, 1116

des Berufsleiharbeiters ist als das zu klassifizieren, was es ist: Als Stellenvermittlung. Da er dem Verleiher nicht zur Arbeit verpflichtet ist, fehlt eine der wichtigsten Voraussetzungen für die Entstehung eines Arbeitsverhältnisses, nämlich die Arbeitspflicht, zwischen dem Berufsleiharbeiter und dem Verleiher wird also ein Arbeitsverhältnis nicht begründet. ¹⁷⁾ Es ist daher richtiger, den Berufsleiharbeiter überhaupt nicht als Leiharbeiter zu bezeichnen, weil er zum Verleiher in kein Arbeitsverhältnis tritt, denn der Begriff des Leiharbeitsverhältnisses setzt voraus, daß der Leiharbeiter in einem Arbeitsverhältnis zum Verleiher steht. ¹⁸⁾ Es entsteht hier nur ein Arbeitsverhältnis zum "Entleiher", aber kein Leiharbeitsverhältnis, da dieses eine doppelte arbeitsrechtliche Bindung an zwei Arbeitgeber voraussetzt, woraus erst seine rechtliche Problematik entspringt. ^{18a)} Der Unterschied zur Stellenvermittlung, daß diese nur einen einmaligen Vorgang ohne weitergehende rechtliche Bindung darstelle, während beim Berufsleiharbeiter über die einzelne Abordnung hinaus eine ständige Rechtsbindung an den Verleiher bestehe, ¹⁹⁾ rechtfertigt eine Miteinbeziehung in das Leiharbeitsverhältnis nicht und dürfte auch für den arbeitsvermittlungsrechtlichen Begriff der Stellenvermittlung bedeutungslos sein. ²⁰⁾

Es erscheint aber auch sehr fraglich, ob die Abgrenzung echter - unechter Leiharbeiter ihre Berechtigung hat. Unmöglich scheint es jedenfalls, darauf abzustellen, ob zwischen Leiharbeiter und Verleiher ein Arbeitsverhältnis zustandekommt (dann echtes) oder nicht (dann unechtes). ²¹⁾ Dies könnte beim unechten Leiharbeiter vielleicht in Hinblick auf die Arbeitspflicht fraglich sein. In Wahrheit besteht eine Arbeitspflicht aber auch beim unechten Leiharbeiter gegenüber dem Verleiher, wenn auch unter Umständen nur aufschiebend oder auflösend bedingt durch die Möglichkeit eines

17) vgl. Hueck, S. 180

18) vgl. Hueck, S. 472 und oben S. 1

18a) vgl. noch unten S. 19

19) vgl. Hofrichter, S. 34; Trieschmann, a.a.O. unter II 2

20) vgl. unten S. 19

21) so wohl Trieschmann, a.a.O. unter II 2 und III 2 b

"Ausleihens". Auch wenn die Tätigkeit des Leiharbeiters beim Verleiher nur als Überbrückung bis zur nächsten Abstellung gedacht ist, so ändert dies nichts an einer zunächst bestehenden Arbeitspflicht und an dem Entstehen eines Arbeitsverhältnisses. Es entsteht also grundsätzlich auch beim unechten Leiharbeiter ein Arbeitsverhältnis zum Verleiher, ²²⁾ eine Unterscheidung nach diesem Gesichtspunkt erscheint damit nicht möglich.

Demgegenüber ist die Unterscheidung danach, ob die Tätigkeit des Leiharbeiters beim Verleiher oder Entleiher zeitlich überwiegt, zwar durchführbar, sie hätte aber nur einen praktischen Wert, wenn sich daraus eine verschiedene rechtliche Behandlung knüpfen würde. Das ist meines Erachtens aber zu verneinen, da eine verschiedene rechtliche Behandlung des Leiharbeiters nicht dadurch gerechtfertigt werden kann, ob er zeitlich überwiegend beim Verleiher oder bei einem Entleiher tätig ist. ²³⁾ Die Bezeichnung "unechter" Leiharbeiter ist vielmehr irreführend, da es sich auch beim "unechten" um einen Leiharbeiter mit allen Merkmalen des Leiharbeitsverhältnisses, also um einen "echten" Leiharbeiter handelt. Daß er vom Normaltyp abweicht, ist bei der Vielfalt der möglichen Gestaltungsformen kein Grund, eine besondere Kategorie dafür aufzustellen. Die Schwäche dieser Einteilung in echte und unechte Leiharbeiter zeigt sich auch darin, daß die Leiharbeiter der sog. gemischten Rechtsverhältnisse in keiner der beiden Gruppen unterzubringen sind.

Aus diesen Gründen soll in der vorliegenden Arbeit von einer Einteilung des Leiharbeiters überhaupt abgesehen werden, da sich auch keine andere Möglichkeit der Einteilung anbietet und eine solche auch, wie noch im folgenden zu zeigen sein wird, für eine rechtliche Behandlung des Leiharbeitsverhältnisses nicht nötig ist.

22) Wie hier auch Hueck, S. 476; Nikisch, S. 216; Hofrichter S. 207/208; Höcker, RdA 54, 127. Die Gegenansicht Trieschmanns aaO., zwischen Verleiher und Leiharbeiter werde kein Arbeitsvertrag geschlossen, weil der Leiharbeiter sich nicht unbedingt, sondern nur bis zur Möglichkeit eines Ausleihens zur Verfügung stelle und der Verleiher nur soweit über ihn verfügen wolle, vermag demgegenüber nicht zu überzeugen. Vgl. dazu näher unten S. 72 f.

23) vgl. dazu näher unten S. 72 f.

2. Kapitel

DIE ZULÄSSIGKEIT DES LEIHARBEITSVERHÄLTNISSSES

NACH DEM AVAVG

§ 4. In welchen Formen verbietet das AVAVG das Verleihen von Arbeitnehmern?

Die Bundesanstalt für AVAV hat heute gem. § 35 AVAVG das Monopol der Arbeitsvermittlung, soweit sie nicht eine andere Institution damit beauftragt (§ 54 AVAVG). Arbeitsvermittlung, Berufsberatung und Lehrstellenvermittlung dürfen nur noch von der Bundesanstalt betrieben werden. Arbeitsvermittlung im Sinne des AVAVG ist gem. § 37 I eine Tätigkeit, die darauf gerichtet ist, arbeitssuchende Arbeitnehmer mit Arbeitgebern zur Begründung von Arbeitsverhältnissen zusammenzuführen.

Prüft man das Leiharbeitsverhältnis im Hinblick auf diese Bestimmung, so erscheint es klar, daß damit alle Fälle des "Ausleihens", in denen der Verleiher die Leiharbeiter nie bei sich beschäftigt, also die Fälle des sog. Berufsleiharbeiters verboten sind. Diese Fälle stellen, wie oben ¹⁾ schon angedeutet, nichts anderes als unzulässige Arbeitsvermittlung dar und sind ohnehin aus dem Leiharbeitsverhältnis auszuschneiden. Der "Verleiher" leiht hier nicht eigene Arbeitskräfte aus, da die sog. Berufsleiharbeiter in gar keinem Arbeitsverhältnis zu ihm stehen, ²⁾ sondern vermittelt fremde arbeitssuchende Arbeitnehmer in offene Stellen, d.h. er führt sie mit Arbeitgebern zur Begründung von Arbeitsverhältnissen zusammen. ³⁾ Der Unterscheid zur Stellenvermittlung, daß das Rechtsverhältnis zum "Verleiher" die einzelnen Abordnungen zu den jeweiligen Entleihern überdauere, ist meines Erachtens arbeitsvermittlungsrechtlich ohne Bedeutung.

1) S. 17

2) vgl. oben S. 17

3) vgl. Rüdig, Arbeitsamt 56, S. 122

Sofern aber der Verleiher Arbeitnehmer ausleiht, die zu ihm in einem Arbeitsverhältnis stehen, liegt keine Arbeitsvermittlung vor, da es am Tatbestandsmerkmal eines Arbeitssuchenden fehlt. Damit werden die Fälle des sozial unerfreulichen gewerbsmäßigen Verleihens, soweit sie nicht schon als sog. Berufsleiharbeitsverhältnisse unter den Begriff der Arbeitsvermittlung im Sinne § 37 I AVAVG fallen, sondern in einem Arbeitsverhältnis zum Verleiher stehen, weil sie gelegentlich auch bei ihm arbeiten (praktisch die "unechten" Leiharbeiter), noch nicht erfaßt. § 54 III AVAVG a.F., der auch diese Fälle verbieten sollte, vermochte keine vollständige Lösung zu bringen, da er nur darauf abstellte, ob der Verleiher das Verleihen gewerbsmäßig betrieb, ohne während der Zeit des Verleihens Arbeitgeber der Arbeitnehmer zu sein. Diese Bestimmung konnte wegen verschiedener Mängel zu leicht umgangen werden. ⁴⁾

Der DGB, der sich schon seit Jahren gegen diese Art des Verleihens gewendet hatte, hat daher auch seit Jahren auf eine verschärfte Neufassung des AVAVG gedrängt. ⁵⁾ Dies ist mit der Fassung des AVAVG in der Bekanntmachung vom 3. April 1957 geschehen, dessen § 37 III nunmehr den Wortlaut hat:

§ 37 III: Als Arbeitsvermittlung gilt ferner die Zuweisung von Arbeitnehmern, deren Arbeitskraft der Zuweisende regelmäßig dritten Personen für eine Beschäftigung zur Verfügung stellt, ohne selbst die Arbeit auf eigene Rechnung ausführen zu lassen und ohne selbst die Ausrüstung mit den erforderlichen Werkzeugen für die zugewiesenen Arbeitskräfte zu übernehmen.

Bei regelmäßigem Zurverfügungstellen ist nunmehr darauf abgestellt, ob der Arbeitgeber die Arbeit auf eigene Rechnung ausführen läßt und die zugewiesenen Arbeitskräfte

4) vgl. dazu Rüdig, Arbeitsamt 56, 123

5) vgl. DGB-Organ "Die Quelle" 1957, S. 449: "Schluß mit dem Leiharbeiter-Unrecht".

selbst mit Werkzeugen ausrüstet. Die Unterscheidung ist damit auf das rein Tatsächliche abgestellt, was offenbar den Gerichten und Arbeitsämtern die Feststellung erleichtern soll. Es kann aber kein Zweifel darüber bestehen, daß diese Formulierung auf die Unterscheidung Werkvertrag - Ausleihen von Arbeitnehmern hinausläuft, ⁶⁾ denn wenn der Arbeitgeber die Arbeit auf eigene Rechnung mit von ihm ausgerüsteten Leuten übernimmt, dann schuldet er einen bestimmten Arbeitserfolg, es liegt also ein Werkvertrag vor. Beschäftigt daher ein Arbeitgeber seine Arbeitnehmer in der Weise, daß er sie regelmäßig, d.h. in der Regel, vorwiegend, an den Betriebsstätten fremder Unternehmer arbeiten läßt, so darf er dies nur auf der Grundlage eines Werkvertrages tun. Darüber dürfte trotz der etwas unvollkommenen Fassung des Gesetzes kein Zweifel bestehen. Es wäre auf Grund der Entstehungsgeschichte und des Zweckes des § 37 III verfehlt anzunehmen, daß regelmäßiges Ausleihen etwa dann zulässig wäre, wenn der Verleiher seine Arbeitnehmer mit eigenen Werkzeugen ausrüsten würde.

Unzulässig ist somit das "regelmäßige" Verleihen überhaupt, wobei unter "regelmäßig" meines Erachtens nicht in erster Linie "in gewissen Zeitabständen wiederkehrend" verstanden werden kann - dies läge nicht im Sinn dieser Bestimmung - sondern "regelmäßig" ist hier vor allem im Sinn von "in der Regel", "vorwiegend", "überwiegend" zu verstehen. Ob das Ausleihen dabei gewerbsmäßig betrieben wird, ist nunmehr unerheblich, tatsächlich werden aber hauptsächlich diese Fälle betroffen.

Daß damit nicht jedes Ausleihen verboten ist, ist klar, praktisch sind damit neben den "Berufs"-Leiharbeitsverhältnissen, die schon nach Abs. I verboten sind, auch die "unechten" Leiharbeitsverhältnisse unzulässig. ⁷⁾ Bei den "echten" Leiharbeitern bestehen dagegen keine Bedenken nach der arbeitsvermittlungsrechtlichen Seite.

6) So auch AG Mannheim vom 22.10.58 BB 59, 563; Vogel, BB 59, 1104

7) vgl. Maus, Hdb. S. 50; Bobrowski-Gaul, S. 52; vgl. auch Krebs Anm. 8 zu § 37 AVAVG, der zwar nur von Leiharbeitern schlechthin spricht, aber damit offenbar nur die gewerbsmäßige bzw. regelmäßige Zuweisung von Leiharbeitern meint.

Im Hinblick auf § 37 V ⁸⁾ ist dagegen fraglich, ob nur ein unentgeltliches Zurverfügungstellen von Arbeitskräften zulässig ist. Abs. V spricht aber nur von einer Empfehlung zur Einstellung - ein ganz anderer Tatbestand als das Leiharbeitsverhältnis! - ohne im übrigen etwas darüber zu sagen, ob das zulässige Verleihen von Arbeitnehmern unentgeltlich sein müsse. Auch entgeltliches aber nur gelegentliches Verleihen zu verbieten, ist zudem nicht der Zweck des § 37 AVAVG, da hierdurch nicht in das Monopol der Bundesanstalt eingegriffen wird. Die im Erlaß des Praesidenten der Bundesanstalt für AVAV vom 16.1.58 (I a 3/5197) ⁹⁾ vertretene Meinung, nur gelegentliches und zugleich unentgeltliches Zurverfügungstellen von Arbeitnehmern sei zulässig, findet daher meines Erachtens im Gesetz keine Stütze.

§ 5. Die arbeitsrechtlichen Folgen eines Verstoßes gegen das AVAVG.

Rechtsfolge eines Verstoßes gegen das AVAVG ist zunächst Strafbarkeit des Verleihers (§ 210 AVAVG). Ungeklärt sind jedoch noch die arbeitsrechtlichen Folgen. Verfehlt wäre es, gem. § 134 BGB ohne weiteres Nichtigkeit der durch die unzulässige Arbeitsvermittlung zustande gekommenen Rechtsverhältnisse anzunehmen. ¹⁰⁾ Denn es ist nicht aus § 134 BGB, sondern aus der betreffenden Verbotsnorm zu entnehmen, ob das Verbot die Nichtigkeit entgegenstehender Privatrechtsgeschäfte zur Folge haben soll oder nicht, § 134 BGB ist keine starre Verbotsnorm. ¹¹⁾ Aber auch aus der zwingenden Natur der Verbotsnorm läßt sich noch nicht ohne weiteres die Nichtigkeit entgegenstehender Rechtsgeschäfte herleiten. Insbesondere hat das Verbot

8) Text des § 37 V:

Eine Arbeitsvermittlung im Sinne des Abs. I liegt nicht vor, wenn in Einzelfällen gelegentlich und unentgeltlich Arbeitskräfte zur Einstellung empfohlen werden.

9) Abgedruckt in AR-Blattei Leiharbeitsverhältnis II 1 (am Schluß); a.A. wie hier auch Vogel BB 59, 1105

10) So Bobrowski-Gaul, S. 53

11) vgl. Staudinger, Anm. 2 und 6 zu § 134 BGB

einer bestimmten Tätigkeit nicht die Nichtigkeit des dadurch eingegangenen Rechtsverhältnisses zur Folge, wenn sich das Verbot nur an eine Partei des betreffenden Geschäfts richtet. ¹²⁾ Das Verbot der §§ 35, 37 AVAVG richtet sich aber nicht gegen die arbeitssuchenden Arbeitnehmer, sondern nur gegen die privaten Arbeitsvermittler; Zweck des AVAVG ist es nicht zuletzt auch, die Arbeitnehmer vor der Ausnützung durch private Arbeitsvermittler zu bewahren. Der Schutzrichtung der §§ 35, 37 AVAVG nach kann somit keine Nichtigkeit der auf Grund unzulässiger Arbeitsvermittlung eingegangenen Rechtsverhältnisse des Arbeitnehmers angenommen werden. Daran ändert auch die Strafdrohung in § 210 AVAVG nichts. Sowohl sein Verhältnis zum Verleiher als auch zum Entleiher sind als gültig anzusehen, er hat die daraus entspringenden Ansprüche. Da seine vertragliche Bindung aber auf unzulässiger Arbeitsvermittlung beruht, wird man ihm meines Erachtens ein Recht zur fristlosen Kündigung zubilligen müssen, da es unbillig wäre, ihn gegen seinen Willen an ein solches Rechtsverhältnis zu binden. ¹³⁾

12) vgl. RGZ 100, 40; 101, 418 und Staudinger Anm. 11 zu § 134 mit weiteren Nachw.

13) vgl. unten S. 74

3. Kapitel

ABGRENZUNG DES LEIHARBEITSVERHÄLTNISSES

VON ÄHNLICHEN RECHTSVERHÄLTNISSEN

§ 6. Abgrenzung zum Werkvertrag

I. Der Begriff Unternehmerarbeiter

Über den Begriff des Unternehmerarbeiters besteht im Schrifttum noch keine Übereinstimmung. Er ist ebenfalls in der Praxis entstanden, hat sich aber im arbeitsrechtlichen Schrifttum eingebürgert und bedarf daher als Rechtsbegriff einer klaren Abgrenzung.

Einmal wird der Begriff des Unternehmerarbeiters für die Leiharbeiter gebraucht, die gewerbsmäßig, also ausschließlich oder vorwiegend anderen Unternehmern gegen Entgelt auf Zeit zur Verfügung gestellt werden (praktisch die sog. unechten und Berufsleiharbeiter).¹⁾

Eine entgegengesetzte Meinung versteht unter Unternehmerarbeitern die Arbeitnehmer, die aufgrund eines Werkvertrages zwischen den beiden Unternehmern an der Betriebsstätte des fremden Unternehmers aber im Dienst ihres Arbeitgebers, des Werkherstellers, tätig sind; sie sind Erfüllungsgehilfen ihres Arbeitgebers und treten zum anderen Unternehmer in keine arbeitsrechtliche Beziehung.²⁾

Eine dritte Meinung faßt unter dem Begriff Unternehmerarbeiter beide Fälle zusammen, sowohl die gewerbsmäßig ver-

- 1) vgl. Hofrichter, S. 32 u. 202; Hueck, Lehrb. I, 476; Nikisch, I, 216; ähnlich Maus, Hdb. S. 59 u. Endemann, BB 51, 788 und 54, 473, 474, die dann von Unternehmerarbeitern sprechen, wenn der Verleiher die Leiharbeiter zu einer besonderen Betriebsabteilung zusammenfaßt und geschlossen verleiht. Beide unterscheiden aber die Unternehmerarbeiter nicht scharf genug von den Werkvertragsfällen, wenn sie es auf eine Entscheidung im Einzelfall ankommen lassen wollen.
- 2) In diesem Sinne Kallee und Häußner, AR-Kartei, Leiharbeiter-Einzelfälle 1 und 2; Trieschmann, Betrieb 56, Beilage 16 unter I; Bobrowski-Gaul, S 52; Dietz, BetrVG, Anm. 5 zu § 6

liehenen Arbeitnehmer als auch die Erfüllungsgehilfen im Rahmen eines Werkvertrages. ³⁾

Letztere Meinung ist abzulehnen, da sie nur dazu geeignet ist, eine klare Unterscheidung zwischen Leiharbeitsverhältnis und Werkvertrag zu verwischen. Im übrigen ist es eine reine Zweckmäßigskeitsfrage, ob man sich für die eine oder andere Begriffsbedeutung entscheidet. Ich halte es aber für zweckmäßiger, den Begriff nur für die Erfüllungsgehilfen des Werkherstellers zu gebrauchen, weil mit der Bezeichnung Unternehmerarbeiter für einen Teil der Leiharbeiter nichts gewonnen ist und andererseits dann feststeht, daß der Unternehmerarbeiter mit dem Leiharbeiter nichts zu tun hat. Dadurch würde auch einer Begriffsverwirrung vorgebeugt. Außerdem dürfte wohl auch in der Praxis der Begriff Unternehmerarbeiter mehr und mehr in diesem Sinne gebraucht werden, da das gewerbsmäßige (regelmäßige) Verleihen seit der Änderung des AVAVG verboten und zum Aussterben verurteilt ist. Somit erscheint es richtiger, die Bezeichnung Unternehmerarbeiter nur für die Arbeitnehmer zu gebrauchen, die als Erfüllungsgehilfen ihres Arbeitgebers an der Betriebsstätte eines anderen Unternehmers tätig sind.

II. Abgrenzung

Wenn Arbeitnehmer an einer fremden Betriebsstätte tätig werden, so liegt nicht immer ein Leiharbeitsverhältnis vor. Vom Leiharbeitsverhältnis zu unterscheiden ist vielmehr der praktisch wohl häufigere Fall, daß die Arbeitnehmer aufgrund eines zwischen den beiden Unternehmern geschlossenen Werkvertrages im Betrieb des anderen Unternehmers tätig werden. Hier stehen die Arbeitnehmer lediglich zu ihrem Arbeitgeber, dem Werkhersteller, in einem Arbeitsverhältnis und treten zum anderen Unternehmer in keinerlei arbeitsrechtliche Beziehungen. Diesen trifft höchstens als Haus-

3) Beine, ArbBlBrZ 47, 410 Anm. 2; Maurer, AR-Blattei unter B; Höcker, RdA 54, 127; LAG Düsseldorf v. 14.11.57, BB 58, 986 (Unter Berufung auf Maurer).

herrs und Verantwortlichen für die Sicherheit der Betriebsstätte je nach den Umständen eine gewisse Fürsorgepflicht im Rahmen des § 618 BGB gegenüber den fremden Arbeitnehmern.¹⁾

Die dogmatische Unterscheidung ist klar zu ziehen, entscheidend für die Frage, ob Leiharbeitsverhältnis oder Werkvertrag ist, ob nach den Abmachungen der beiden Unternehmer nur die Überlassung der Arbeitnehmer oder der durch diese Arbeitnehmer zu erreichende Arbeitserfolg Gegenstand des Vertrages war.²⁾ Ob das eine oder andere gewollt ist, läßt sich nur durch Auslegung des Vertrages zwischen den beiden Unternehmern ermitteln, wobei es auf den Sinn und wirtschaftlichen Zweck des Vertrages und auf die Umstände ankommt. Auch die Verkehrsauffassung ist zu berücksichtigen.³⁾

Es läßt sich eine Reihe von Merkmalen aufzählen, die für eine Unterscheidung ins Gewicht fallen. Zwar kann es heute nicht mehr darauf ankommen, daß der Verleiher keinen eigenen Betrieb besitzt, der in der Lage ist, selbständig und auf eigenes Risiko Arbeiten auszuführen,⁴⁾ da diese reinen Leiharbeiter-Betriebe heute verboten und wohl kaum noch vorhanden sind. Im übrigen spricht aber für ein Leiharbeitsverhältnis, daß der Verleiher nicht die Ausführung der Arbeiten auf eigene Rechnung und unter eigener Leitung übernommen hat, er also nicht das Risiko für die Ausführung der Arbeit trägt, das Weisungsrecht und die Verantwortung für die Ausführung der Arbeit infolgedessen beim Entleiher liegt, der auch oft den Lohn zu zahlen hat. Auch die Abrechnung im Stundenlohnsystem, d.h. daß der Entleiher den Stundenlohn der Leiharbeiter meist mit einem Aufschlag

1) vgl. LAG Duisburg v. 10.12.36, ARS 28, 171 und RAG v. 27.4.38, ARS 33, 61, beide mit Anm. von Hueck.

2) vgl. Staudinger, Vorb. 7 vor § 631; Beine, AR-Kartei unter A I

3) vgl. Höcker, RdA 54, 128 links unten

4) So früher Beine, AR-Kartei aaO. und ArbBlBrZ 47, 410; ArbG Berlin v. 1.12.52, ARSt IX, Nr. 619.

an den Verleiher zu zahlen hat, spricht für Vorliegen eines Leiharbeitsverhältnisses. ⁵⁾

Die Zahlung einer Pauschalvergütung spricht dagegen für Vorliegen eines Werkvertrages, im übrigen dürfte entsprechend den oben genannten Merkmalen ein Werkvertrag vorliegen, wenn der Unternehmer das Risiko für die auszuführenden Arbeiten übernommen hat, also die Arbeiten auf eigene Rechnung und unter eigener Aufsicht und Leitung ausführen läßt. Auch die Ausrüstung der Arbeitnehmer mit Werkzeugen durch den ausführenden Unternehmer spricht für Vorliegen eines Werkvertrages, wenn sie auch allein noch nicht zur Annahme eines solchen genügt.

Besonders schwierig ist die Abgrenzung bei den gemischten Rechtsverhältnissen, bei denen die Arbeitnehmer in Verbindung mit Vermietung von Sachen als Bedienungspersonal zur Verfügung gestellt werden. Es gelten hier die gleichen Grundsätze wie oben, besonders wird es hier aber auf das Weisungsrecht des Entleihers ankommen, um ein Leiharbeitsverhältnis annehmen zu können. ⁶⁾

Über diese geschilderten Grundsätze hinaus läßt sich meines Erachtens keine allgemeine Regel für die Abgrenzung Leiharbeitsverhältnis - Werkvertrag aufstellen. Die Abgrenzung bleibt demnach letzten Endes der Auslegung des einzelnen Vertrages überlassen. Es kann auch nicht gesagt werden, ob das Vorliegen einzelner Merkmale genügt, oder ob alle zusammen vorliegen müssen, um ein Leiharbeitsverhältnis annehmen zu können. Jedenfalls aber muß sich daraus ergeben, daß der Verleiher nicht das Risiko für die auszuführende Arbeit trägt, also nicht den Arbeitserfolg schuldet. Anhand der geschilderten Regeln dürften sich aber durchweg sichere Ergebnisse erzielen lassen.

5) Beine aaO. ArbG Berlin aaO.; LAG Düsseldorf v. 14.11.57, BB 58, 986; AG Mannheim v. 22.10.58, BB 59, 563

6) vgl. Maurer, AR-Blattei unter D und LAG Hamburg v. 12.10.46 AR-Blattei Rechtspr. Nr. 223

Die gleichen Grundsätze gelten auch für die Abgrenzung des Leiharbeitsverhältnisses vom selbständigen Dienstvertrag zwischen zwei Unternehmern. Dementsprechend kommt es hier darauf an, ob die bloße Überlassung der Arbeitnehmer oder die von ihnen zu leistenden Dienste (nicht der Arbeitserfolg!) Gegenstand des Vertrages sind. Ein Dienstvertrag liegt daher vor, wenn ein Unternehmer laufende Dienstleistungen selbständig gegen eine Pauschalvergütung übernimmt. ⁷⁾

§ 7. Abgrenzung zur Werksbeurlaubung mit Eingehung eines Zwischenarbeitsverhältnisses

Die Werksbeurlaubung ist ein besonderer Fall der Arbeitsaussetzung und ist gegeben, wenn es sich um eine länger dauernde vollkommene Arbeitsaussetzung handelt, von der jedenfalls ein Teil der Belegschaft betroffen wird. Sie bedarf, wie die sonstigen Fälle der Arbeitsaussetzung, der Vereinbarung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Durch die Werksbeurlaubung wird das Arbeitsverhältnis nicht aufgehoben, es werden nur die Arbeits- und Lohnzahlungspflicht vorübergehend suspendiert, das Arbeitsverhältnis bleibt im übrigen bestehen. Der Arbeitnehmer kann für die Dauer der Werksbeurlaubung ein sog. Zwischenarbeitsverhältnis eingehen. ¹⁾

Die Gründe für das Leiharbeitsverhältnis und die Werksbeurlaubung sind zum Teil gleich, nämlich Arbeitsmangel im Betrieb des Arbeitgebers und sein Wunsch, sich die Arbeitnehmer für die Zukunft zu erhalten, ohne im Augenblick Lohn zahlen zu müssen. Auch verliert der Arbeitnehmer in beiden Fällen nicht seinen ursprünglichen Arbeitsplatz, das Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber bleibt in beiden Fällen bestehen.

7) vgl. z.B. LAG Bremen v. 7.1.1959, BB 59, 338

1) vgl. zum ganzen Hueck, S. 196, 198;
Nikisch, S. 534

Bei der Werksbeurlaubung besteht jedoch zwischen dem eigentlichen Arbeitgeber und dem Arbeitgeber des Zwischenarbeitsverhältnisses keinerlei rechtliche Beziehung wie beim Leiharbeitsverhältnis zwischen Verleiher und Entleiher. Der Arbeitnehmer wird dem Zwischenarbeitgeber nicht zur Verfügung gestellt, sondern tritt aufgrund eigener Initiative zu ihm in Rechtsbeziehung. Es liegt hier ein rechtlich völlig anders gearteter Tatbestand vor, der nur eine gewisse äußere Ähnlichkeit mit dem Leiharbeitsverhältnis gemeinsam hat. Die besondere Problematik des Leiharbeitsverhältnisses, die in der Aufspaltung des Arbeitsverhältnisses zwischen zwei Arbeitgebern besteht, da der Leiharbeiter in aktiven arbeitsrechtlichen Beziehungen zu beiden steht, besteht bei der Werksbeurlaubung nicht, da hier das Arbeitsverhältnis zum ursprünglichen Arbeitgeber zum Ruhen kommt. Es bestehen also zwei von einander ganz unabhängige Arbeitsverhältnisse.

§ 8. Abgrenzung zum kurzfristigen und unentgeltlichen Überlassen eines Arbeitnehmers für einen Einzelfall.

Vom Leiharbeitsverhältnis auszunehmen ist schließlich auch der Fall, daß ein Arbeitnehmer nur aus Gefälligkeit für ganz kurze Zeit, meist nur für einen Einzelfall (z.B. Be- oder Entladen eines Waggons), einem anderen Unternehmer zur Verfügung gestellt wird. Hier handelt es sich grundsätzlich um einen widerruflichen Akt der Gefälligkeit, wodurch in keiner Weise in die bisherige arbeitsrechtliche Stellung des Arbeitnehmers eingegriffen wird. ¹⁾ Der Arbeitnehmer tritt in keinerlei arbeitsrechtliche Beziehungen zum anderen Unternehmer, ein Leiharbeitsverhältnis liegt also nicht vor, da der Arbeitnehmer nur zu einem Arbeitgeber in einem Arbeitsverhältnis steht, das durch die kurzfristige Tätigkeit für einen anderen Unternehmer völlig unberührt bleibt.

1) vgl. Beine, AR-Kartei unter A I am Schluß;
Maurer, AR-Blattei unter D am Schluß.

4. Kapitel

PROBLEMATIK UND GRUNDSÄTZLICHE RECHTLICHE KONSTRUKTION DES LEIHARBEITSVERHÄLTNISSSES

§ 9. Problematik des Leiharbeitsverhältnisses

I. Soziale Problematik

In sozialer Hinsicht wirklich bedenklich waren die Fälle des gewerbsmäßigen Verleihens von Arbeitnehmern, da hier die Leiharbeiter oft tatsächlich in verschiedener Hinsicht gegenüber den anderen Arbeitnehmern benachteiligt waren und die Gefahr eines Mißbrauches zu Ungunsten der Leiharbeiter hier besonders groß war. ¹⁾ Diese Fälle dürften jedoch nunmehr der Vergangenheit angehören und kommen höchstens noch vereinzelt vor.

Bei den übrigen Fällen des gelegentlichen Verleihens kann man meines Erachtens von einer eigentlichen sozialen Bedenklichkeit nicht sprechen, dem Leiharbeitsverhältnis ist heute der größte Teil seiner sozialen Fragwürdigkeit genommen. Immerhin mag man es noch als sozial unbefriedigend ansehen, daß der Leiharbeiter in einem fremden Betrieb arbeitet, ohne diesem als Belegschaftsmitglied voll anzugehören. Dies wird aber jedenfalls zum Teil dadurch ausgeglichen, daß er Betriebsangehöriger des Verleiher-Betriebs bleibt, da dieses Arbeitsverhältnis bestehen bleibt. Es besteht weiter grundsätzlich die Gefahr, daß sich die Arbeitsbedingungen des Arbeitnehmers durch die Abstellung in einen anderen Betrieb in der einen oder anderen Beziehung verschlechtern, wie überhaupt aus der eigenartigen Stellung des Leiharbeiters zwischen zwei Unternehmern eine gewisse soziale Unsicherheit für den Leiharbeiter erwachsen kann. Dies zu verhindern und dem Leiharbeiter eine sichere Rechtsstellung zu geben, ist aber gerade das Ziel einer rechtlichen

1) vgl. oben S.8 f.

Behandlung des Leiharbeitsverhältnisses und soll daher im folgenden versucht werden. Gelingt dies, so kann man das Leiharbeitsverhältnis eigentlich nicht mehr als sozial problematisch bezeichnen.

II. Rechtliche Problematik

Die rechtliche Seite des Leiharbeitsverhältnisses darf man wohl nach wie vor als problematisch bezeichnen. Das rührt zunächst schon daher, daß es an jeder gesetzlichen Regelung fehlt. Die Grundfrage des Leiharbeitsverhältnisses ist die arbeitsrechtliche Stellung des Leiharbeiters zu den beiden als Arbeitgeber in Frage kommenden Unternehmern, ²⁾ anders ausgedrückt: Wer ist Arbeitgeber des Leiharbeiters, nur der Verleiher oder nur der Entleiher oder sind beide Arbeitgeber des Leiharbeiters und wie verteilen sich dann die Arbeitgeberfunktionen unter sie? Diese Frage wird man grundsätzlich verschieden beantworten, je nachdem man den Arbeitsvertrag oder die tatsächliche Eingliederung in den Betrieb als entscheidend für die Begründung eines Arbeitsverhältnisses ansieht. Es wird damit also auch die selbst noch umstrittene Frage der Begründung des Arbeitsverhältnisses, die in der Gegenüberstellung von Eingliederungs- und Vertragstheorie ihren Ausdruck gefunden hat, berührt. Im übrigen ist es vor allem Aufgabe einer rechtlichen Behandlung des Leiharbeitsverhältnisses, eine Schlechterstellung des Leiharbeiters durch die Abordnung in einen anderen Betrieb zu verhindern und den Beteiligten bei fehlenden oder unklaren Vereinbarungen praktikable Rechtsgrundsätze an die Hand zu geben.

0. Das Leiharbeitsverhältnis - kein mittelbares Arbeitsverhältnis

I. Wesen des mittelbaren Arbeitsverhältnisses

Nach der in Schrifttum und Rechtsprechung nahezu einheitlich gegebenen Begriffsbestimmung liegt ein mittelbares Arbeitsverhältnis vor, wenn ein Arbeitnehmer von einem Mittels-

2) vgl. Maurer, AR-Blattei unter E; Molitor, AR-Blattei, Arbeitspflicht I unter C II

mann, der selbst Arbeitnehmer eines Dritten (des Unternehmers) ist, im eigenen Namen angestellt und von ihm beschäftigt wird und die Arbeit mit Wissen des Dritten (des Unternehmers) unmittelbar für diesen geleistet wird, ohne daß ein unmittelbarer Arbeitsvertrag zwischen dem Dritten und den Arbeitnehmern (Gehilfen) zustande gekommen ist. ¹⁾

Charakteristisch für das mittelbare Arbeitsverhältnis ist demnach, daß sich ein Arbeitnehmer zur Erfüllung seiner Arbeitspflicht eines Gehilfen bedient, daß er aber diesen Gehilfen nicht im Namen des Arbeitgebers (Dritten), sondern im eigenen Namen anstellt, der Arbeitsvertrag also nur zwischen ihm und dem Gehilfen zustandekommt. Diese Mittelsperson nimmt aber den Arbeitnehmer nicht für sich, d.h. für ihre eigenen Bedürfnisse an, sondern zur Erfüllung ihrer Arbeitsleistung dem Unternehmer gegenüber. Die Arbeitsleistung des Gehilfen kommt also dem Unternehmer unmittelbar zugute, der Gehilfe ist in seinen Betrieb eingegliedert, es besteht also für ihn auch gegenüber dem Unternehmer eine gewisse persönliche, wenn auch nur mittelbare Abhängigkeit. ²⁾ Kennzeichen des mittelbaren Arbeitsverhältnisses ist es aber, daß trotz der tatsächlichen Beschäftigung des Gehilfen im Betrieb des Unternehmers kein Arbeitsvertrag - etwa im Wege der Stellvertretung - zwischen beiden zustande gekommen ist, denn sonst handelt es sich ja um ein unmittelbares Arbeitsverhältnis, dessen rechtliche Behandlung keine Schwierigkeiten bilden würde. ³⁾

Der Mittelsmann wird in diesen Fällen häufig nicht genügend kapitalkräftig sein, um die Arbeitgeberpflichten gegenüber dem Gehilfen erfüllen zu können, da er ja selbst

1) vgl. Kaskel-Dersch, S. 27; Hueck, S. 732; Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann, Vorb. 276 vor § 611; BAG v. 9.4.57, AP zu § 611 BGB mittelbares Arbeitsverhältnis Nr. 2 und v. 8.8.58, Betrieb 59, S. 234.

2) vgl. Kaskel-Dersch, 4. Aufl., S. 24

3) vgl. zum Ganzen außer Fußnote ¹⁾ noch Nikisch, S. 205, 206; Maus, Hdb. Bd. I, Teil III, S. 47; Dersch, AR-Blatt Arbeitsvertrag-Arbeitsverhältnis III mittelbares Arbeitsverhältnis unter I

Arbeitnehmer ist. Aus diesem Grunde wurde, um den Gehilfen zu schützen, die Rechtsfigur des mittelbaren Arbeitsverhältnisses entwickelt, dessen Zweck darin besteht, unmittelbare Rechtsbeziehungen zwischen Gehilfen und Unternehmer herzustellen.

Dies geschah zuerst im Recht der Sozialversicherung, das an die tatsächliche Beschäftigung anknüpft, ⁴⁾ es werden aber auch mehr und mehr im Arbeitsrecht Rechtsbeziehungen zwischen Gehilfen und Unternehmer bejaht. ⁵⁾ Die nähere Erörterung der Frage, wie diese Rechtsbeziehungen rechtlich-dogmatisch zu begründen sind und wieweit sie zwischen Unternehmer und Gehilfen angenommen werden können, geht über den Rahmen dieser Arbeit hinaus. Es soll im folgenden nur eine Abgrenzung zum Leiharbeitsverhältnis versucht werden.

II. Abgrenzung

Von vornherein sei gesagt, daß das Leiharbeitsverhältnis nur in dem Sinn ein Unterfall des mittelbaren Arbeitsverhältnisses sein könnte, daß hier der Verleiher die Mittelsperson, der Entleiher den Dritten, dem die Arbeit zugeht, und der Leiharbeiter den Gehilfen darstellt. ⁶⁾

Es besteht eine ganze Reihe von Gemeinsamkeiten zwischen beiden Rechtsinstituten. In beiden Fällen ist der Arbeitnehmer über eine Mittelsperson in den Betrieb des Unternehmers eingegliedert, wobei er den Arbeitsvertrag nur mit dieser geschlossen hat. Die aufgrund dieses Arbeitsvertrages geleistete Arbeit kommt aber nicht dieser Mittelsperson, sondern unmittelbar dem Dritten, dem Unternehmer, zugute. In beiden Fällen leistet also der Arbeitnehmer persönlich abhängige, unselbständige Arbeit für einen Dritten, mit dem er keinen Arbeitsvertrag abgeschlossen hat. ⁷⁾ Das

4) vgl. Dersch, AR-Blattei aaO. unter II

5) vgl. Hueck, aaO., S. 733 f.; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, aaO.

6) mißverständlich insoweit Höcker, RdA 54, 127 unter cc

7) über die Art der beim Leiharbeitsverhältnis zwischen Leiharbeiter und Entleiher entstehenden Rechtsbeziehungen. S. unten S. 49 f.

wirtschaftliche Risiko der Arbeit trägt in beiden Fällen der Dritte, die Arbeitgeberfunktionen sind in beiden Fällen in ähnlicher Weise aufgespalten.

Ein wesentlicher Unterschied liegt aber zunächst darin, daß die Mittelsperson beim Leiharbeitsverhältnis selbständiger Unternehmer und nicht in den Betrieb des Dritten (Entleihers) eingegliedert ist. Dies ist nach wohl h.M. Grund genug für eine Abgrenzung, da es ein Wesensmerkmal des mittelbaren Arbeitsverhältnisses sei, daß die Zwischenperson selbst Arbeitnehmer des Dritten sei.⁸⁾

Die Gegenansicht hält jedoch die oben dargestellten Gemeinsamkeiten für wesentlicher und betrachtet daher das Leiharbeitsverhältnis als einen Unterfall des mittelbaren Arbeitsverhältnisses, dessen Besonderheit darin bestehe, daß die Mittelsperson nicht Arbeitnehmer, sondern selbständiger Unternehmer sei, was aber für eine Abgrenzung nicht genüge. Es komme in beiden Fällen ausschließlich auf die Stellung des mittelbar Beschäftigten an, nämlich daß dieser über einen Mittelsmann in den Betrieb des Dritten eingegliedert sei.⁹⁾

Zunächst mag diese Ansicht systematisch gesehen vielleicht bestechender sein. Eine systematische Miteinbeziehung des Leiharbeitsverhältnisses unter das mittelbare Arbeitsverhältnis hat meines Erachtens aber nur dann ihre Berechtigung, wenn sich daran praktische Folgen der rechtlichen Behandlung knüpfen. Die Vertreter dieser Ansicht müssen

8) vgl. Herschel, JW 37, 1116; Kauffmann, RdA 51, 177; Höcker, RdA, 54, 127; Citron-Hessel, S. 19; Hueck, S. 472 und 733; Dersch, AR-Blattei Arbeitsvertrag-Arbeitsverhältnis III mittelbares Arbeitsverhältnis unter I; Maurer, AR-Blattei unter F. I.; Nikisch, S. 209; vgl. auch Entw. von 1938; ferner BAG v. 9.4.57, AP zu § 611 BGB mittelbares Arbeitsverhältnis Nr. 2 und 3 vom 8.8.58, Betrieb 59, 234.

9) vgl. Marx, ArbPrax 1930, S. 37 (anders noch ArbR 1929, S. 349); Hofrichter, S. 193; Beine, AR-Kartei unter B und ArbBlBrZ 47, S. 411; Trieschmann, RdA 55, S. 54. Die zur Stützung dieser Ansicht herangezogenen Entscheidungen sind in dieser Richtung nicht eindeutig, da sie ein Eingehen auf die Unterscheidung Leiharbeitsverhältnis - mittelbares Arbeitsverhältnis vermissen lassen, es fehlt nur die Präzisierung, daß der Mittelsmann beim mittelbaren Arbeitsverhältnis selbst Arbeitnehmer des Dritten sein muß. Vgl. LAG München v. 19.1.37, ARS 29, 2

aber zugeben, daß wegen der Unterschiede beider Rechtsinstitute das Leiharbeitsverhältnis rechtlich gesondert zu behandeln ist, ¹⁰⁾ oder müssen sich mit der Feststellung begnügen, daß die Lehre vom mittelbaren Arbeitsverhältnis für das Leiharbeitsverhältnis aufschlußreich sei, ¹¹⁾ und können für mittelbares Arbeitsverhältnis und Leiharbeitsverhältnis fast durchweg keine gemeinsamen Rechtsgrundsätze aufstellen. Somit ist auch der theoretische Wert dieser Ansicht fraglich.

Eine Abgrenzung beider Rechtsinstitute ist aber vor allem deshalb berechtigt, weil beide wesensverschieden voneinander sind und auch die rechtliche Fragestellung zum Teil eine andere ist. Ohne diese Wesensverschiedenheit wäre es wohl für beide Ansichten etwas willkürlich, ohne nähere Begründung entweder die Rechtsstellung der Mittelsperson oder die des mittelbar Beschäftigten für entscheidend zu erklären. Nicht entscheidend für eine Abgrenzung ist auch der Umstand, daß beim Leiharbeitsverhältnis zwischen Mittelsperson (Verleiher) und Dritten (Entleiher) keine arbeitsrechtlichen, sondern wirtschaftsrechtliche Beziehungen bestehen; ¹²⁾ auch das läuft darauf hinaus, die Stellung des Mittelmannes als selbständigen Unternehmers für entscheidend zu erklären.

Die Wesensverschiedenheit beider Rechtsinstitute ergibt sich einmal schon aus dem Zweck des mittelbaren Arbeitsverhältnisses. Es ist eine Zweckkonstruktion für den Fall, daß ein Arbeitnehmer von einem Arbeitnehmer eingestellt wird, dem regelmäßig die wirtschaftlichen Mittel zur Tragung des Arbeitgeberrisikos fehlen werden. Dieser Gefahr zu begegnen, sollen direkte Rechtsbeziehungen zwischen Unternehmer und mittelbarem Arbeitnehmer hergestellt werden.

LAG Frankfurt v. 6.12.50, AP 52 Nr. 45; und vom 13.6.51, BB 52, S. 87; LAG Bremen vom 16.1.52, AP 53 Nr. 121; ArbG Mannheim ARSt X Nr. 610.

10) vgl. Hofrichter, S. 92

11) vgl. Beine, AR-Kartei unter B.

12) So Dersch aaO. unter I; Maurer aaO. unter F I.

Einer Ausdehnung auf den Fall, daß der Mittelsmann selbstständiger Unternehmer ist, bedarf es daher nicht, denn der Arbeitnehmer eines selbstständigen Unternehmers braucht keinen zusätzlichen Schutz. ¹³⁾ Aus diesem Grunde wurde das Leiharbeitsverhältnis auch im Sozialversicherungsrecht nicht als mittelbares Arbeitsverhältnis behandelt. ¹⁴⁾

Aber auch sonst ist der dem Leiharbeitsverhältnis zugrunde liegende Tatbestand ein anderer. Beim mittelbaren Arbeitsverhältnis arbeiten Gehilfe und Mittelsperson gemeinsam im Betrieb des Dritten, die Mittelsperson hat also ein (durch das übergeordnete Weisungsrecht des Dritten beschränktes) Weisungsrecht und kommt auch in allen anderen Beziehungen primär als Arbeitgeber in Frage. ^{14a)} Beim Leiharbeitsverhältnis ist es umgekehrt, hier wird der Arbeitnehmer aus dem Betrieb der Mittelsperson (Verleiher) ausgegliedert, um im Betrieb des Entleihers nach dessen Weisungen und nur für diesen zu arbeiten. Der Verleiher ist nicht wie die Mittelsperson des mittelbaren Arbeitsverhältnisses arbeitsrechtlicher Mittler, sondern zur Arbeiterbeschaffung verpflichteter Vermittler. ¹⁵⁾ Daraus erhellt, daß, wenn man schon in beiden Fällen von einer Aufteilung der Arbeitgeberfunktionen ausgeht, diese in beiden Fällen doch sehr verschieden ausfallen muß.

Ein weiterer Wesensunterschied liegt darin, daß es zum Begriff des mittelbaren Arbeitsverhältnisses gehört, daß direkte Rechtsbeziehungen zwischen dem Gehilfen und dem Dritten nicht bestehen, während dies für das Leiharbeitsverhältnis nicht begriffsnotwendig ist. Hier entstehen vielmehr in der Regel direkte Rechtsbeziehungen zwischen Leiharbeiter und Entleiher, sei es auf direktem Wege durch den im gegenseitigen Einverständnis sich vollziehenden Betriebseintritt des Leiharbeiters, sei es über eine sich aus den

13) vgl. Hueck, S. 731; und BAG v. 9.4.57, AP zu § 611 BGB mittelbares Arbeitsverhältnis Nr. 2

14) vgl. Dersch, AR-Blattei aaO. unter II
14a) vgl. BAG aaO.

15) vgl. Maus, Arbeitsvertrag S. 291/292; Maurer aaO. unter F I.

Umständen ergebende Stellvertretung durch den Verleiher bei Abschluß des Arbeiterüberlassungsvertrages. ^{15a)}

Daraus ergibt sich auch eine ganz verschiedene Fragestellung, nämlich beim mittelbaren Arbeitsverhältnis: Wie lassen sich direkte Rechtsbeziehungen zwischen Gehilfen und Dritten begründen? Dagegen beim Leiharbeitsverhältnis: Welcher Art bzw. welchen Umfangs sind die Rechtsbeziehungen Leiharbeiter - Entleiher?

Es ergibt sich somit, daß die Abgrenzung des Leiharbeitsverhältnisses vom mittelbaren Arbeitsverhältnis sehr wohl berechtigt ist. Eine für die Praxis durchaus brauchbare Begründung ist es, auf die Unternehmereigenschaft des Verleihers abzustellen. Diese Begründung findet aber ihre eigentliche Rechtfertigung in der dahinterstehenden Wesensverschiedenheit beider Rechtsinstitute.

Aus den gleichen Gründen möchte ich auch eine analoge Anwendung der für das mittelbare Arbeitsverhältnis aufgestellten Grundsätze auf das Leiharbeitsverhältnis ¹⁶⁾ ablehnen. Sie ist bei der Wesensverschiedenheit beider Institute nicht möglich, aber auch nicht nötig. ¹⁷⁾

11. Die Versuche einer grundsätzlichen rechtlichen Konstruktion des Leiharbeitsverhältnisses.

I. Übernahme des Beschäftigungsverhältnisses aus dem Sozialversicherungsrecht.

Arbeitgeber eines Beschäftigungsverhältnisses im Sinne der Sozialversicherung ist nach der ständigen Rechtsprechung des RVA derjenige, zu dem der Arbeitnehmer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit steht, d.h. derjenige, der ihn beschäftigt, über seine Arbeitskraft verfügt, weisungsberechtigt ist, Lohn zahlt und dem der Erfolg der Arbeitsleistung zugute kommt. Das Be-

^{15a)} vgl. dazu näher unten S. 46

¹⁶⁾ So Endemann, BB 51, 78.

¹⁷⁾ vgl. Maurer aaO. F I.

schäftigungsverhältnis ist nicht gleichbedeutend mit dem Arbeitsvertrag, es sind hier nur die tatsächlichen Beziehungen maßgebend. ¹⁾ Ein - sog. mittelbares - Beschäftigungsverhältnis liegt daher auch vor, wenn der Beschäftigte von einer Mittelsperson angenommen wird, der Erfolg seiner Arbeit aber einem Dritten zugute kommt und der Lohn seiner Arbeit in der dem Mittelsmann gewährten Vergütung inbegriffen ist. ²⁾ Denn Arbeitgeber ist nach der Rechtsprechung des RVA im Zweifel derjenige, von dem der Arbeitnehmer persönlich abhängig ist, d.h. derjenige, der weisungsberechtigt ist, der Überwachung der Arbeit, Regelung der Arbeitszeit, der Arbeitsfolge usw. zusteht und der das wirtschaftliche Risiko der Arbeit trägt. ³⁾

Eine Übernahme dieses mittelbaren Beschäftigungsverhältnisses ins Arbeitsrecht wurde verschiedentlich vorgeschlagen. ⁴⁾ Dies ist für das Leiharbeitsverhältnis aus verschiedenen Gründen nicht möglich. Einmal wird schon in der Sozialversicherung kein mittelbares Beschäftigungsverhältnis angenommen, wenn der Mittelsmann selbständiger Unternehmer ist. In diesen Fällen ist auch versicherungsrechtlich nur der Mittelsmann Arbeitgeber. ⁵⁾ Beim Leiharbeitsverhältnis hat aber auch der Verleiher, wenn auch durch den Zweck des Ausleihens beschränkt, noch eine gewisse Verfügungsmacht über den Leiharbeiter, er kann ihn z.B. jederzeit zurückrufen. Wenn daher schon nach dem Sozialversicherungsrecht das Leiharbeitsverhältnis nicht dem mittelbaren Beschäftigungsverhältnis zuzurechnen ist, dann besteht dazu im Arbeitsrecht noch viel weniger Anlaß. Zudem könnte wohl das Sozialversicherungsrecht als öffentliches Recht nicht ohne weiteres ins Arbeitsvertragsrecht übernommen werden. Es ginge auch nicht an, nur eine einzelne Rechtsfigur daraus zu übernehmen, ohne Rücksicht darauf, welche Voraussetzungen sonst im Arbeitsrecht ein

1) vgl. Grundsatz E des RVA in AN 1927, S. 584 und AN 1931, S. 179; Brackmann, Hdb. II, S. 306 h, 307.

2) vgl. Brackmann aaO., S. 308 g

3) AN 1931, S. 179

4) So Dersch für das mittelbare Arbeitsverhältnis, AR-Blattei Arbeitsvertrag-Arbeitsverhältnis III mittelbares Arbeitsverhältnis unter III; für das Leiharbeitsverhältnis Petermeyer, Arbeitsamt 1956, S. 8

Arbeitsverhältnis erfordert. ⁶⁾ Das Leiharbeitsverhältnis ist aber nur ein Arbeitsverhältnis besonderer Art, dessen rechtliche Beurteilung sich im übrigen nach den sonst im Arbeitsrecht geltenden Grundsätzen richten muß.

Damit kommt man zu der Frage, wodurch im Arbeitsrecht ein Arbeitsverhältnis begründet wird. Auf den immer noch nicht beendigten Streit zwischen Eingliederungs- und Vertragstheorie näher einzugehen, ist hier aber nicht der Raum. Es sollen im folgenden nur die grundsätzlichen Ergebnisse ihrer Anwendung auf das Leiharbeitsverhältnis und ihre Brauchbarkeit für dieses Rechtsverhältnis geprüft werden.

II. Eingliederungstheorie

Nach der Eingliederungstheorie wird das Arbeitsverhältnis durch Einordnung bzw. Einstellung des Arbeitnehmers in den Betrieb des Arbeitgebers begründet. Entsprechend der Auffassung vom Arbeitsverhältnis als eines personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses könne eine Gemeinschaft zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nur durch Aufnahme in den Betrieb entstehen. Der Arbeitsvertrag ist hiernach ein schuldrechtlicher Vertrag, der den Arbeitnehmer zum Dienst Eintritt verpflichtet, die Einstellung aber der eigentliche Begründungsakt des Arbeitsverhältnisses, sie setzt nur eine auf die Tatsache der Einordnung in den Betrieb gerichtete Willensübereinstimmung voraus. ⁷⁾ Zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses ist daher nur die Einstellung des Arbeitnehmers in den Betrieb notwendig, durch die er auch bei Fehlen eines gültigen Arbeitsvertrages die volle Rechtsstellung eines dort beschäftigten Arbeitnehmers erlangt. ⁸⁾

5) vgl. Brackmann, Hdb. II, S. 308 g; auch die §§ 168 I und III, 634 RVO tragen zur Stützung dieser Ansicht bei.

6) vgl. Hofrichter, S. 77

7) Nikisch, S. 141

8) Nikisch, S. 142

Wendet man diese Grundsätze auf das Leiharbeitsverhältnis an, so ist das grundsätzliche Ergebnis ohne weiteres klar. Der Leiharbeiter wird aus dem Betrieb des Verleihers ausgegliedert und demgegenüber in den Betrieb des Entleihers eingeordnet. Es muß daher einerseits das Arbeitsverhältnis zum Verleiher erlöschen - bestehen bleibt nur der schuldrechtliche Verpflichtungsvertrag, der den Arbeitnehmer zum Wiedereintritt und den Arbeitgeber zur Wiedereinstellung verpflichtet - andererseits ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher entstehen, das durch die Einordnung in den Betrieb begründet wurde. Zwischen dem Leiharbeiter und dem Entleiher entsteht also ein volles Arbeitsverhältnis mit allen Wirkungen, der Entleiher übernimmt alle Arbeitgeberfunktionen, er hat ein eigenes, unbeschränktes Weisungsrecht, einen unmittelbaren Anspruch auf Arbeitsleistung, ist aber auch unmittelbar zur Lohnzahlung und Fürsorge gegenüber dem Leiharbeiter verpflichtet. Dieses Arbeitsverhältnis dauert so lange, wie der Leiharbeiter beim Entleiher beschäftigt ist und endet mit seiner Ausgliederung aus dem Betrieb des Entleihers. Zu diesen Ergebnissen gelangen auch grundsätzlich die Vertreter der Eingliederungstheorie im Hinblick auf das Leiharbeitsverhältnis. 9)

III. Vertragstheorie

Die Vertragstheorie kommt demgegenüber bei konsequenter Durchführung zu gerade entgegengesetzten Ergebnissen. Das Arbeitsverhältnis als Rechtsverhältnis wird nach der Vertragstheorie durch den Abschluß eines Arbeitsvertrages

9) vgl. Beine, AR-Kartei unter C I 1) und ArbBlBrZ 47, 411. Maus, das Arbeitsverhältnis, S. 204 und Arbeitsvertrag S. 292; mit Einschränkungen Maurer AR-Blattei unter G I, der die erforderliche Willensübereinstimmung zwischen Leiharbeiter und Entleiher mehr betont, aber grundsätzlich zu demselben Ergebnis kommt; einschränkend auch Hofrichter, S. 200, der zwar arbeitsrechtliche Beziehungen, aber mangels Willensübereinstimmung kein Arbeitsverhältnis annimmt. Aus der Rspr. vgl. IAG Schleswig-Holstein v. 15.4.48, ArbBlBrZ 48, 377; IAG Düsseldorf v. 4.4.49, ARSt III Nr. 597; ArbG Berlin v. 1.12.52, ARSt IX, Nr. 619; ArbG Wilhelmshaven v. 6.12.52, BB 53, 203.

begründet. Dieser Arbeitsvertrag ist zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses zwar einerseits ausreichend, andererseits aber auch notwendig. ¹⁰⁾

Beim Leiharbeitsverhältnis haben weder der Verleiher und der Leiharbeiter die Absicht, das zwischen ihnen bestehende Arbeitsverhältnis zu beenden, noch wollen der Entleiher und der Leiharbeiter ein Arbeitsverhältnis eingehen. Der Wille aller Beteiligten geht also nur dahin, daß der Leiharbeiter seiner Arbeitspflicht eine Zeitlang im Entleiherbetrieb nachkommen soll, ohne daß sich am bestehenden Arbeitsverhältnis zum Verleiher etwas ändern soll. Es liegen somit beim Leiharbeitsverhältnis in der Regel keine Umstände vor, die auf den Abschluß eines Arbeitsvertrages zwischen Leiharbeiter und Entleiher hindeuten. ¹¹⁾ Nach der Vertragstheorie bestehen also streng genommen keinerlei Rechtsbeziehungen zwischen Entleiher und Leiharbeiter. Da dies aber den tatsächlichen Verhältnissen widerspricht, ist die Vertragstheorie gezwungen, einige schuldrechtliche Hilfskonstruktionen heranzuziehen, um der Stellung des Leiharbeiters im Entleiherbetrieb wenigstens annähernd gerecht zu werden. So ist z.B. der Entleiher als Erfüllungsgehilfe des Verleihers hinsichtlich dessen Fürsorgepflicht gegenüber dem Leiharbeiter angesehen worden, um diesem Vertragsansprüche aus Verletzung der Fürsorgepflicht zubilligen zu können, ¹²⁾ oder man brauchte einen stillschweigenden Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB) zwischen Verleiher und Entleiher, um dem Leiharbeiter direkte Ansprüche aus Verletzung der Fürsorgepflicht oder direkte Lohnansprüche gegen den Entleiher zuzusprechen. Indes wird in Schrifttum und Rechtsprechung auch im Hinblick auf das Leiharbeitsverhältnis wohl überwiegend die Vertragstheorie vertreten. ¹³⁾

10) vgl. Hueck, S. 105/106

11) vgl. die überzeugenden Gründe von Trieschmann, Betrieb 56, Beilage 16 unter III 1) a)

12) RAG v. 5.6.40, ARS 40, S. 10 m.Anm. v. Hueck

13) vgl. Amsberg, ArbR 1931, 82; Potthoff Arbeitsrecht S. 78; Bulla, NS-SozPol 1942, 56 f.; Trieschmann, Betrieb 56 Beil. 16 unter III 1a; Maus, Hdb. S. 53; Bobrowski-Gaul, S. 53. Aus der Rspr.noch: RAG v. 7.6.31 ARS 12, 369 m. Anm. v. Hueck, v. 20.3.37, ARS 29, 278; v. 17.6.39, ARS 36, 385 (388) m.Anm. v. Mansfeld, LAG Düsseldorf v. 30.9.52, BB 53, 203; v. 27.8.57 BB 58, 82 und v. 6.12.57 BB 58, 665/666.

§ 12. Grundsätzliche eigene Ansicht

Die Eingliederungstheorie scheint zunächst dem praktischen Bedürfnis nach einer Klärung der Rechtsstellung des Leiharbeiters eher zu entsprechen und auch rein rechtlich-konstruktiv befriedigender, da es außer der Eingliederung keinerschuldrechtlichen Konstruktionen bedarf, um die Rechtsstellung des Leiharbeiters zu sichern. Dieser Eindruck kann aber nur bei einer ersten Betrachtung bestehen bleiben, in Wirklichkeit ist die Eingliederungstheorie meines Erachtens nicht in der Lage, die eigenartige Rechtsstellung des Arbeitnehmers zwischen zwei Unternehmern rechtlich zutreffend zu erfassen. Der Vorzug der größeren Einfachheit und Klarheit ist in diesem Falle nur ein scheinbarer Vorzug, das Leiharbeitsverhältnis ist als ohnehin tatsächlich schon komplizierter Lebensstatbestand einer zu weitgehenden rechtlichen Vereinfachung nicht zugänglich.

So muß auch die Eingliederungstheorie zugeben, daß nach der Ausgliederung des Leiharbeiters aus dem Verleiherbetrieb eine rechtliche Bindung des Leiharbeiters zum Verleiher fortbesteht, obwohl er zum Entleiher in ein Arbeitsverhältnis tritt und infolgedessen das Arbeitsverhältnis zum Verleiher infolge Ausgliederung erlischt. Sie kann dieses Rechtsverhältnis aber nur als schuldrechtlichen Verpflichtungsvertrag mit personenrechtlichem Einschlag, ¹⁵⁾ bzw. als weiter wirkenden gemeinschaftsbegründenden Verpflichtungsvertrag, d.h. Arbeitsvertrag ¹⁶⁾ qualifizieren, der den Leiharbeiter zum Wiedereintritt in den Betrieb des Verleihers und den Verleiher zur Wiedereinstellung verpflichtet. Dieses Auseinanderreißen von Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis erscheint gerade hier in dem besonderen Fall des Leiharbeitsverhältnisses gekünstelt und lebensfremd. Es dürfte wohl sehr schwer fallen, auch einem gebildeten Laien

¹⁵⁾ vgl. Beine, AR-Kartei unter C I 2 und ArbBlBrZ 47, 412

¹⁶⁾ vgl. Maus, Das Arbeitsverhältnis, S. 205; ähnlich Maurer, AR-Blattei unter G I am Schluß.

klarzumachen, daß zwar zum einen Unternehmer ein Arbeitsvertrag, ein Arbeitsverhältnis aber nur zum anderen bestehen solle.

Die Eingliederungstheorie wird auch der Vielfalt der Leiharbeitsverhältnisse nicht gerecht, da im Einzelfall oft über die Wiedereinstellungs- bzw. Wiedereintrittspflicht hinaus noch wesentliche Pflichten des Leiharbeiters gegenüber dem Verleiher fortbestehen, die auf ein Arbeitsverhältnis schließen lassen. Es kommen hier etwa in Frage die Pflicht des Arbeitnehmers, sich im Entleiherbetrieb beruflich weiterzubilden, das nachgeordnete Entleiherunternehmen zu überwachen, die Arbeitnehmer des Entleiherbetriebes für eine gewisse Zeit in der Bedienung einer vom Verleiher gelieferten Anlage einzuarbeiten und ähnliche unmittelbar auch dem Verleiher dienende Tätigkeiten, ganz abgesehen von einer im allgemeinen weiter bestehenden gegenseitigen Treue- und Fürsorgepflicht, z.B. der Pflicht zur Wahrung von Betriebsgeheimnissen. Es erscheint einfach den tatsächlichen Verhältnissen widersprechend, hier mit der Eingliederungstheorie kein fortbestehendes Arbeitsverhältnis zum Verleiher anzunehmen, die Eingliederungstheorie wird hier den Tatsachen nicht gerecht.

Damit ist zugleich einer der Hauptangriffspunkte der Eingliederungstheorie berührt: Das starre Eingliederungsprinzip widerspricht gerade im Falle des Leiharbeitsverhältnisses augenfällig dem Willen der Beteiligten. Grundsätzlich wollen nämlich Leiharbeiter und Entleiher kein Arbeitsverhältnis eingehen. Der Entleiher will nur die Arbeitskraft des Leiharbeiters eine gewisse Zeit nutzen, ohne arbeitsrechtlich ihm gegenüber gebunden zu sein, da die Tätigkeit des Leiharbeiters im Entleiherbetrieb ihrer Natur nach auf einen bestimmten vorübergehenden Zweck beschränkt ist. Andererseits will auch der Leiharbeiter kein Arbeitsverhältnis zum Entleiher eingehen, sondern nur seine Arbeitspflicht gegenüber dem Verleiher solange im Entleiherbetrieb erfüllen, als der Verleiher es von ihm verlangt, er stellt sich dem Entleiher nur beschränkt im Rahmen seines Arbeitsverhältnisses zum Verleiher zur Verfügung. ¹⁷⁾

17) vgl. die ausführlichen Gründe bei Trieschmann, Betrieb 56 Beilage 16 unter III 1.a)

Der Einwand, daß durch die Eingliederungstheorie die damit verbundene Gefahr der Umgehung von Tarifverträgen und Kündigungsschutz beseitigt werde, trifft nur bedingt zu, da sich auch bei richtiger Anwendung der Vertragstheorie solche Gefahren vermeiden lassen. ¹⁸⁾

Bei den Leiharbeitern im Film und bei den Leiharbeitern in den sog. gemischten Rechtsverhältnissen erkennt auch Beine als Vertreter der Eingliederungstheorie an, daß es nicht im Willen der Parteien liege, ein Arbeitsverhältnis Leiharbeiter - Entleiher zu begründen und nimmt infolgedessen hier kein Arbeitsverhältnis zwischen Leiharbeiter und Entleiher an. ¹⁹⁾ Während er bei den gemischten Verhältnissen noch als Grund dafür die Verbundenheit des Leiharbeiters mit der mitvermieteten Sache des Verleihers angeben kann - der Leiharbeiter bleibe dadurch mehr in den Verleihbetrieb eingeordnet - vermag er beim Film-Leiharbeiter sich nur auf die mangelnde tatsächliche Bereitschaft zur Eingliederung zu berufen. Er folgt hier also praktisch der Vertragstheorie und kann keine Gründe dafür angeben, warum gerade nur beim Film-Leiharbeiter und nicht auch sonst beim Leiharbeitsverhältnis trotz Eingliederung wegen des fehlenden Willens kein Arbeitsverhältnis entstehen soll.

Die Eingliederungstheorie erweist sich damit als in sich widerspruchsvoll, sie ist nicht in der Lage, das Leiharbeitsverhältnis mit seinem zu starren Eingliederungsprinzip völlig und der Natur der Sache entsprechend zu erfassen. Daß sie daher in eigentlichen Normalfällen Konzessionen an den vertraglichen (von ihr allerdings nur als tatsächlichen Willen zur Nichteingliederung aufgefaßten) Willen der Beteiligten machen muß, kann nur gegen ihre Richtigkeit sprechen. Aus diesem und aus den schon dargestellten anderen Gründen möchte ich die Eingliederungstheorie als zur Lösung des Leiharbeitsverhältnisses ungeeignet ablehnen.

¹⁸⁾ vgl. unten S. 51 f.

¹⁹⁾ AR-Kartei unter C VI und Archiv f. Urheber-Film- u. Theaterrecht Bd. 16, S. 302 f.

Demgegenüber ist die Kritik an der Vertragstheorie im Hinblick auf das Leiharbeitsverhältnis weitgehend unberechtigt. Fehlt die Kritik Maurers,²⁰⁾ der personenrechtliche Charakter des Arbeitsverhältnisses vertrage sich schlecht mit einer komplizierten schuldrechtlichen Aufspaltung in einzelne Rechte unter die verschiedenen Personen. Diese Feststellung geht an den Tatsachen vorbei, da sich die Arbeitgeberstellung ohne Zweifel aus verschiedenen Funktionen zusammensetzt, die im Fall des Leiharbeitsverhältnisses jedenfalls tatsächlich auf zwei Arbeitgeber verteilt sind. Es ist nicht einzusehen, warum der personenrechtliche Charakter des Arbeitsverhältnisses durch eine solche gegebenenfalls auch rechtliche Aufteilung der Arbeitgeberfunktionen angetastet werden soll.

Ebenso neben den Tatsachen liegt die Kritik Maurers,²¹⁾ die Übertragung des Anspruches auf Dienstleistung sei bei einem abhängigen Arbeitsverhältnis, in dem durch Unterstellung des Arbeitnehmers unter die Weisungsbefugnis des Arbeitgebers ein weitgehender Eingriff in die persönliche Freiheit vorliege, nicht möglich, da die persönliche Abhängigkeit freier Staatsbürger gegenüber anderen in einem Rechtsstaat nur durch Vertrag begründet werden könne. Maurer übersieht hier, daß diese Abtretung doch auf dem Übereinkommen aller drei Beteiligten beruht, da ja der Arbeitnehmer seine Zustimmung zum Verleihen geben muß. Das Erfordernis dieser Zustimmung ergibt sich aus § 613, S. 2 BGB, es ergibt sich aber auch aus dem personenrechtlichen Charakter des Arbeitsverhältnisses, daß der arbeitende Mensch nicht als Ware betrachtet werden darf und über die Verwendung seiner Arbeitskraft frei verfügen kann.²²⁾ Eine Übertragung von Arbeitgeberbefugnissen ist also im allseitigen Übereinkommen durchaus möglich, die Forderung Maurers ist hier gerade erfüllt.

20) AR-Blattei unter F II am Schluß

21) aaO. unter G I

22) vgl. Molitor, RdA 1948, 46 und IAG München v. 1.2.49, AP 50 Nr. 10, S. 58 mit Anm. v. Hueck.

An sich richtig ist dagegen der Vorwurf, die Vertragstheorie sei geneigt, direkte rechtliche Beziehungen zwischen Leiharbeiter und Entleiher zu verneinen und müsse daher zum Teil zu überflüssigen Hilfskonstruktionen greifen.²³⁾ Diese Einseitigkeit, Rechtsbeziehungen nur im Verhältnis Leiharbeiter - Verleiher zu sehen, entspringt jedoch einer falsch angewendeten Vertragstheorie. Zwar entsteht zwischen Leiharbeiter und Entleiher kein normales Arbeitsverhältnis, da dies dem Willen der Beteiligten, wie oben schon dargestellt, nicht entspricht. Dessen ungeachtet entstehen aber doch arbeitsvertragliche Beziehungen zwischen Leiharbeiter und Entleiher, eine rein tatsächliche Beschäftigung des Leiharbeiters beim Entleiher entspricht nicht den Tatsachen. Diese arbeitsvertraglichen Beziehungen entstehen einmal dadurch, daß der Verleiher in dem Arbeiterüberlassungsvertrag mit dem Entleiher zumindest insoweit als Stellvertreter des Leiharbeiters handelt, als er die Arbeitsbedingungen vereinbart. Er ist insoweit durch die Zustimmung des Arbeitnehmers bevollmächtigt, und daß er insoweit auch für ihn handeln will, ergibt sich ohne weiteres aus den Umständen (§ 164 I S. 2 BGB).²⁴⁾ Weiter tritt der Leiharbeiter im beiderseitigen Einverständnis in den Entleiherbetrieb ein und bestätigt damit die vom Verleiher getroffenen Abmachungen, soweit sie seine Person betreffen. Der Entleiher übernimmt also einerseits Arbeitgeberpflichten dem Leiharbeiter gegenüber, soweit sie mit seiner Arbeitsleistung im Entleiherbetrieb verbunden sind, andererseits sind ihm auch Arbeitgeberrechte, soweit sie damit notwendig zusammenhängen, vom Verleiher mit Zustimmung des Leiharbeiters übertragen worden, es scheint daher unbestreitbar, daß zwischen Leiharbeiter und Entleiher ein arbeitsvertragliches Rechtsverhältnis zustandekommt.²⁵⁾ Dieses ist zwar kein volles Arbeitsverhältnis, sondern vielmehr ein teilweises

23) vgl. Maurer aaO. unter F II

24) Handeln im eigenen und zugleich in fremdem Namen ist rechtlich zulässig, vgl. RGZ v. 17.1.30, Bd. 127, S. 103 (105); LAG Duisburg v. 16.7.36, ARS 28, S. 41 (43)

25) Gleichgültig ist dabei an sich, ob man das Entstehen direkter Rechtsbeziehungen Leiharbeiter - Entleiher über eine Stellvertretung des Verleihers oder über eine direkte

oder beschränktes Arbeitsverhältnis, da nach dem Willen aller Beteiligten die Arbeitgeberfunktionen soweit auf den Entleiher übergehen sollen, als es nötig ist, um einerseits die Erfüllung der Arbeitsleistung des Leiharbeiters im Entleiherbetrieb zu gewährleisten und andererseits dem Leiharbeiter auch dort eine genügend sichere soziale Stellung zu garantieren. Leiharbeiter und Entleiher wollen also nur soweit in arbeitsvertragliche Beziehungen zueinander treten, als das bei Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses zum Verleiher nach dem Zweck des Verleihens nötig ist. Ein volles Arbeitsverhältnis zum Entleiher wäre auch deshalb nicht möglich, da gleichzeitig das Arbeitsverhältnis zum Verleiher fortbestehen soll und zwei gänzlich unbeschränkte Arbeitsverhältnisse in einem solchen gleichzeitigen und organischen Nebeneinander rechtlich nicht möglich sein dürften.

Das Verhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeiter möchte ich aber nicht als "personenrechtliches Treueverhältnis eigener Art" ²⁶⁾ bezeichnen, da dieser Begriff nicht erkennen läßt, daß es sich um ein arbeitsvertragliches Rechtsverhältnis handelt, und auch sonst nicht sehr bezeichnend oder aufschlußreich ist. ²⁷⁾ Wenn man schon eine Bezeichnung dafür wählen will, würde ich die Bezeichnung "beschränktes" oder "teilweises Arbeitsverhältnis" vorziehen, sie wird dem Sachverhalt eher gerecht.

Damit ist im Ergebnis die Rechtsstellung des Leiharbeiters umrissen. Er wird dem Willen der Beteiligten gemäß einerseits nicht aus dem Arbeitsverhältnis zum Verleiher entlassen, tritt aber andererseits auch zum Entleiher in arbeitsvertragliche Rechtsbeziehungen. Der Leiharbeiter steht daher in arbeitsvertraglichen Rechtsbeziehungen zu beiden Arbeitgebern, sein Arbeitsverhältnis ist auf der

Willenseinigung zwischen Leiharbeiter und Entleiher annimmt, die sich meines Erachtens ebenfalls ohne weiteres aus den Umständen ergibt, da der Leiharbeiter im gegenseitigen Einverständnis in den Entleiherbetrieb eintritt.

26) So Hofrichter, S. 201; Trieschmann, Betrieb 56, Beilage 16 unter III 1.a)

27) vgl. Nikisch I, S. 214 Fußn. 41

Arbeitgeberseite zwischen Verleiher und Entleiher aufgeteilt, da beide Arbeitgeberfunktionen ausüben. 28) Diese Aufteilung der Arbeitgeberfunktionen tritt nicht nur tatsächlich, sondern auch und vor allem rechtlich ein. Daß diese Lösung wohl am ehesten dem Leiharbeitsverhältnis entspricht, wurde im Vorangegangenen zu zeigen versucht, sie ist meines Erachtens auch rechtlich und konstruktiv durchaus vertretbar. 29)

In welcher Weise diese Aufteilung stattfindet, in welchen Beziehungen also der Verleiher oder der Entleiher als Arbeitgeber in Frage kommen, hängt natürlich auch von den Parteivereinbarungen ab, die im Rahmen der Vertragsfreiheit beliebige Abmachungen treffen können, es lassen sich aber Regeln für den Normalfall aufstellen, auf die im folgenden näher eingegangen werden soll.

-
- 28) So auch die wohl schon überwiegende Meinung, vgl. Hueck, S. 473; Nikisch, S. 214; Kaskel-Dersch, S. 27 und 38; Siebert, HdSW Bd. I, S. 379. Bulla, Anm. 20 zu § 1 MuSchG.
- 29) Die Bedenken Herschels BABl 57, 541, die Teilung der Arbeitgeberstellung sei als Spaltung eines Herrschaftsverhältnisses prinzipiell unmöglich, vermögen nicht zu überzeugen. Das Arbeitsverhältnis ist kein Herrschaftsverhältnis wie der von H. als Beispiel mit gemachten schlechten Erfahrungen herangezogene Nebenbesitz, sondern ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis. Wenn es auch grundsätzlich ein in sich geschlossener Organismus ist, so besteht es doch aus einer Reihe von Funktionen, die auf der Arbeitgeberseite auch auf mehrere Personen verteilt sein können. Ist diese Verteilung rechtlich hinreichend klar, so dürften sich meines Erachtens keine "schlechten Erfahrungen" daraus ergeben.

5. Kapitel

DIE RECHTSSTELLUNG DES LEIHARBEITERS IM EINZELNEN

Die Gestaltung der Rechtsbeziehungen beim Leiharbeitsverhältnis kann im Einzelnen sehr verschieden sein, da die Beteiligten je nach dem Zweck des Verleihs und ihren wechselnden Bedürfnissen im Rahmen der Vertragsfreiheit beliebige Abmachungen treffen können, soweit sie nicht gegen zwingendes Recht verstoßen. In der Praxis werden aber häufig nur Vereinbarungen über die Lohnzahlung getroffen, bei denen oft unklar bleibt, wer eigentlicher Lohnschuldner ist, woraus ein Großteil der Rechtsstreitigkeiten entstanden ist. Die nachfolgenden Ausführungen gelten daher in erster Linie für den Fall, daß keine oder nur unvollständige Vereinbarungen getroffen werden oder zwingendes Recht vorliegt, in zweiter Linie können sie vielleicht als Auslegungsregeln dienen, sofern eine getroffene Vereinbarung unklar ist.

3. Rechtsverhältnis Leiharbeiter - Entleiher

I. Rechtsnatur

Daß zwischen Leiharbeiter und Entleiher kein normales, volles Arbeitsverhältnis begründet wird, braucht an dieser Stelle nicht nochmals begründet zu werden. ¹⁾ Ebenso ist dieses Verhältnis kein "personenrechtliches Treueverhältnis eigener Art", ²⁾ sondern, wie sich aus der teilweisen Übertragung der Arbeitgeberfunktion an den Entleiher ohne weiteres ergibt, ein arbeitsvertragliches Rechtsverhältnis, das aber eben nicht alle Funktionen des Arbeitsverhältnisses umfaßt, sondern grundsätzlich nur diejenigen, die mit der Arbeitsleistung des Leiharbeiters im Entleiherbetrieb notwendig

1) vgl. oben S. 46f. und vor allem die ausführliche Begründung bei Trieschmann, Betrieb 56 Beilage 16 unter III 1a; ähnlich Hofrichter, S. 200 und Maus, Hdb. S. 53/54

2) vgl. oben S. 47

verbunden sind. ³⁾ Es handelt sich daher um ein teilweises oder beschränktes Arbeitsverhältnis, das grundsätzlich in seinen Wirkungen, soweit sie aus dem Arbeitsverhältnis zwischen Verleiher und Leiharbeiter übergegangen sind, einem "normalen" Arbeitsverhältnis gleich ist. Es darf nochmals festgestellt werden, daß die Arbeitgeberrechte, soweit sie beim Entleiher liegen, ihm vom Verleiher unter Zustimmung des Leiharbeiters übertragen worden sind, und daß sich der Entleiher zur Einhaltung der mit der Arbeitsleistung in seinem Betrieb verbundenen Arbeitgeberpflichten dem Leiharbeiter unmittelbar durch Erklärung gegenüber dem Verleiher als dessen Bevollmächtigtem verpflichtet hat, wodurch unmittelbare Rechtsbeziehungen entstanden sind. Die Bevollmächtigung des Verleihers, insoweit für den Leiharbeiter zu handeln, liegt in der Zustimmung des Leiharbeiters zum "Verleihen" und ergibt sich für den Entleiher aus den Umständen, da m.E. bei Festlegung der Arbeitsbedingungen und der Arbeitgeberpflichten des Entleihers keine andere Auslegung möglich ist, als daß der Verleiher hier für den Leiharbeiter handelt (§ 164 I S. 2 BGB).

Es mag bezweifelt werden, ob sich die Parteien beim Abschluß des Arbeiterverleihvertrages in diesem Umfang klare Vorstellungen über die Rechtswirkungen ihrer Erklärungen hinsichtlich der Rechtsstellung der verliehenen Arbeitnehmer gemacht haben. Maßgebend ist jedoch der Wille der Parteien, wie er sich in der Erklärung geäußert hat und wie die Erklärung vom Empfänger bei gehöriger Aufmerksamkeit verstanden werden mußte (§§ 133, 157 BGB). ^{3a)} Eine Auslegung der Erklärungen bei der Überlassung des Arbeitnehmers kann dementsprechend nur im oben geschilderten Sinn erfolgen. Eine Erklärung des Entleihers, in der er die Übernahme von Arbeitgeberpflichten ablehnte, wäre als protestatio facto contraria unwirksam.

3) vgl. ähnlich Nikisch, S. 214; Maus, Hdb. S. 54

3a) vgl. BGH v. 7.5.53, JZ 53, 571; RG in StRSpr., z.B. v. 5.7.30, RGZ 129, 348; Staudinger-Coing, Anm. 10 zu § 133 mit weiteren Nachw.

Da zum Entleiher also in weitem Umfang direkte Rechtsbeziehungen bestehen, entfällt auch in vielen Punkten die Notwendigkeit der Annahme eines Vertrages zugunsten Dritter (§ 328 BGB), um dem Leiharbeiter direkte Ansprüche gegen den Entleiher zu geben. Auch die Annahme eines besonderen "arbeitsrechtlichen Stellvertreters" ⁴⁾ ist nicht notwendig, da sich die Bevollmächtigung des Verleihers aus den Umständen ergibt (§ 164 I S.2 BGB).

II. Gegenseitige Rechte und Pflichten

Der Anspruch auf Arbeitsleistung steht während der Dauer des Leiharbeitsverhältnisses dem Entleiher zu. Die Übertragung dieses Anspruchs liegt in der Regel im Willen der Beteiligten, da nur so die Arbeitsleistung im Entleiherbetrieb ganz gewährleistet ist; der Leiharbeiter ist dem Entleiher unmittelbar zur Arbeitsleistung verpflichtet, da er dem Verleihen zugestimmt hat. ⁵⁾ Die Gegenmeinung, der Entleiher habe keinen selbständigen Anspruch auf die Arbeitsleistung, weil dieser Anspruch aus dem Arbeitsvertrag resultiere und daher nur dem Verleiher zustehe, ⁶⁾ beruht auf einer Verkennung der Aufspaltung des Arbeitsverhältnisses. Daß gegenüber dem Entleiher eine Arbeitspflicht besteht, schließt dagegen nicht aus, daß auch der Verleiher einen solchen Anspruch hat, nur wird sich dieser während des Leihverhältnisses dahin umwandeln, daß er nur auf Arbeitsleistung an den Entleiher geht. Die Meinung des

4) Hofrichter, S. 197: Da im Arbeitsrecht die scharfe Unterscheidung von Handeln im eigenen und fremden Namen nicht durchführbar sei, komme es darauf an, auf welchen Rechts- und Pflichtenkreis sich die Erklärungen objektiv beziehen. Bedenklich ist hier, daß sich Hofrichter über den Grundsatz der §§ 164, 177 BGB, daß Erklärungen den Vertretenen nur binden bzw. berechtigen, wenn der Erklärende wirklich bevollmächtigt war, hinwegsetzt.

5) Wie hier Hueck, S. 474; Beine, AR Kartei C I 1; Maurer, AR-Blattei G II 1; wohl auch Nikisch I, S. 215; unklar Maus, Hdb. S. 55: Entleiher habe Anspruch auf Arbeitsleistung im Rahmen des Überlassungsvertrags, aber keinen unmittelbaren Anspruch auf Arbeitsaufnahme gegen den Leiharbeiter.

6) vgl. Hofrichter, S. 201; Trieschmann, Betrieb 56 Beilage 16 unter III 1 a; Bobrowski-Gaul, S. 53

RAG, ⁷⁾ die Übertragung des Anspruches auf Arbeitsleistung ohne gleichzeitige Übertragung sämtlicher anderer Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis sei so ungewöhnlich, daß aus der Kenntnis des Arbeitnehmers, er habe unter Aufsicht und nach den Weisungen des andern Unternehmers zu arbeiten, noch nicht auf seine Zustimmung geschlossen werden könne, dürfte diesem Ergebnis nicht entgegenstehen. Es kann auch dahingestellt bleiben, ob diese Ansicht der Verkehrsanschauung entspricht, ⁸⁾ im Fall des Leiharbeitsverhältnisses geht jedenfalls nicht allein der Anspruch auf Arbeitsleistung auf den Entleiher über.

Der Umfang der Arbeitspflicht kann durch den Verleiher im Vertrag mit dem Entleiher nicht ohne Zustimmung des Leiharbeiters erweitert ^{8a)} wohl aber beschränkt werden, da der Leiharbeiter dem Entleiher nur im Rahmen des Überlassungsvertrags zur Arbeitsleistung verpflichtet ist; die Arbeitspflicht kann auch im Verhältnis Leiharbeiter - Entleiher ohne Zustimmung des Verleihers geändert werden, da hierdurch das Verhältnis des Leiharbeiters zum Verleiher nicht berührt wird.

Mit dem Anspruch auf Arbeitsleistung gehen auch die damit zusammenhängenden Rechte auf den Entleiher über. So ist der Leiharbeiter dem Entleiher zur ordnungsgemäßen Arbeit verpflichtet und haftet vertraglich für jede Schlechtleistung. Der Entleiher hat ferner ein eigenes, selbständiges Weisungsrecht hinsichtlich der Arbeitsausführung. ⁹⁾ Das Weisungsrecht aus einem Vertrag zugunsten Dritter zwischen Leiharbeiter und Verleiher zu konstruieren ¹⁰⁾ ist m.E. überflüssig und dürfte außerhalb der Vorstellung der Beteiligten liegen. Das Weisungsrecht des Entleihers geht

7) v. 5.6.40, ARS 40, 10 m. Anm. v. Hueck

8) vgl. Dersch AR-Blattei Arbeitgeber-Begriff I unter B III 5a

8a) vgl. Trieschmann aaO. unter III 1 a

9) vgl. Hueck, S. 474; Nikisch, S. 215; Beine, AR-Kartei C I 1; Hofrichter, S. 201; Maurer, AR-Blattei G II 1

10) Unklar Trieschmann aaO. III 1 a, das Weisungsrecht des Entleihers folge gem. § 328 BGB aus dem Vertrag Verleiher - Entleiher

nicht über die im Überlassungsvertrag ausdrücklich oder stillschweigend festgelegten Befugnisse hinaus, da sich der Leiharbeiter durch seine Zustimmung nur soweit verpflichtet hat. ¹¹⁾

Außer der Gehorsamspflicht treffen den Leiharbeiter auch die übrigen mit der Tätigkeit im Entleiherbetrieb verbundenen Treupflichten eines Arbeitnehmers, z.B. Pflicht zur Unterlassung von Wettbewerb, zur Unterlassung kreditschädigender Äußerungen, Pflicht zur Anzeige von Schäden usw. Hinsichtlich der Verschwiegenheitspflicht können im Verhältnis zum Verleiher vertraglich vereinbarte Besonderheiten gelten, wenn der Leiharbeiter zur Überwachung des Entleiherbetriebes abgeordnet ist oder sonst Interessen des Verleihers dort wahrzunehmen hat. ¹²⁾

Entsprechend diesen Verpflichtungen des Leiharbeiters trifft den Entleiher die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, soweit sie mit der Arbeitsleistung in seinem Betrieb zusammenhängt. ¹³⁾ Der Leiharbeiter hat darauf einen unmittelbaren Anspruch aufgrund des im Übereinkommen aller drei Beteiligten geschlossenen Überlassungsvertrages; der Konstruktion eines stillschweigenden Vertrages zugunsten Dritter (§ 328 BGB) zwischen Verleiher und Entleiher ¹⁴⁾ bedarf es hier nicht. Die Meinung des RAG, die Fürsorgepflicht sei ein so wesentlicher Bestandteil des Arbeitsverhältnisses, daß der Arbeitgeber niemals davon entbunden werden und sich ihrer durch Vereinbarung mit einem anderen Arbeitgeber nicht entziehen könne, steht dem hier vertretenen Ergebnis nicht entgegen. Es bleibt nämlich grundsätzlich die Fürsorgepflicht des Verleihers daneben bestehen, ^{14a)} während der Entleiher nur durch seinen Eintritt in das Arbeitsverhältnis zwischen Leiharbeiter und Verleiher

11) Hueck, S. 474 Anm. 38; vgl. Nikisch, S. 215; Trieschmann, aaO. unter III 1 a

12) vgl. Hueck, S. 474, Fußn. 39; Nikisch, S. 215, Fußn. 45

13) vgl. Hofrichter, S. 201; Beine, AR-Kartei C I 1; Maurer, AR-Blattei G II 1; Trieschmann, aaO. III 1 a; Hueck, S. 474; Nikisch, S. 215.

14) RAG v. 5.6.40, ARS 40, 10 m.Anm. v. Hueck; ferner Häußner, AR-Kartei Leiharbeiter-Einzelfälle 2 und Neitzel, AR-Kartei, Haftpflicht des Arbeitgebers, Einzelfälle 19 (zustimmend zum RAG).

14a) vgl. aber unten S. 64 f.

zusätzlich eine eigene Fürsorgepflicht hinsichtlich der Arbeitsleistung in seinem Betrieb übernimmt. Unzutreffend scheint nur nach der hier vertretenen Ansicht die weitere Meinung, der Entleiher könne höchstens über § 328 BGB eine eigene Fürsorgepflicht übernehmen und sei im übrigen nur Erfüllungsgehilfe des Verleihers, da der Leiharbeiter in keinem Arbeitsverhältnis zu ihm stehe. Hier ist nicht berücksichtigt, daß auch der Entleiher Arbeitgeber des Leiharbeiters ist. Der Entleiher haftet daher für Verletzungen der Fürsorgepflicht nicht nur aus Delikt, sondern aus Vertrag, was unter anderem die Anwendung von § 278 BGB zur Folge hat.

Die Fürsorgepflicht des Entleihers umfaßt vor allem die Sicherheit der Betriebseinrichtungen und den Ausschluß von Gefahren bei der Arbeit (§ 618 BGB), die Sicherheit der im Betrieb aufbewahrten Sachen des Leiharbeiters (Kleidung, Fahrzeug) u.ä., sie unterscheidet sich also praktisch kaum von der gegenüber den Stammarbeitnehmern des Entleihers.

Die Lohnzahlungspflicht ^{14b)} beruht auf dem ursprünglichen Arbeitsvertrag mit dem Verleiher, sie geht nicht notwendig mit dem teilweisen Übergang des Arbeitsverhältnisses auf den Entleiher über. Ein voller Übergang der Lohnschuld auf den Entleiher unter Befreiung des Verleihers wäre vielmehr nur mit Zustimmung des Leiharbeiters möglich (§ 415 BGB); diese dürfte in den seltensten Fällen vorliegen, da in der Regel nicht anzunehmen ist, daß der Arbeitnehmer seinen bisherigen Lohnschuldner verlieren will. Die Lohnzahlungspflicht bleibt also grundsätzlich beim Verleiher. ¹⁵⁾ Sie wird von der Modalität der

14b) Die Frage der Lohnzahlungspflicht soll aus Zweckmäßigkeitsgründen gleich an dieser Stelle erschöpfend behandelt werden.

15) Wohl h.M. vgl. Bulla, NS-SozPol 1942, 57; Hofrichter, S.201; Hueck, S.474; Nikisch, Lehrb. S. 215; Trieschmann, aaO. unter III 1 b; Bobrowski-Gaul, S. 53; wohl auch Maus, Hdb. S. 57 u. Fußn. 146 a, dessen Formulierung aber im Zweifel läßt, ob sich die Haftung des Verleihers nach seiner Meinung nicht in eine nur subsidiäre verwandelt, was m.E. ohne zureichende Begründung wäre. Aus der Rspr. vgl. RAG v. 27.10.34, ARS 22,75 und v. 20.3.37, ARS 29,278; LAG Düsseldorf v. 30.9.52, BB 53, 203; v. 27.8.57, BB 58, 82; v. 6.12.57,

Lohnzahlung nicht berührt. ¹⁶⁾ Zahlt daher, wie es häufig vorkommen mag, der Entleiher den Lohn direkt an den Leiharbeiter, so liegt darin nur eine im Innenverhältnis Verleiher - Entleiher wirksame Erfüllungsübernahme, welche die Lohnzahlungspflicht des Verleihers unberührt läßt, daher der Zustimmung des Leiharbeiters nicht bedarf und beliebig geändert werden kann. Der Leiharbeiter hat hieraus auch keinen selbständigen Anspruch gegen den Entleiher. Die Vereinbarung zwischen Verleiher und Entleiher, worin der Entleiher die Auszahlung des Lohnes übernimmt, kann zwar auch als echter Vertrag zugunsten Dritter gemeint sein (§ 328 BGB), woraus dem Leiharbeiter ein zusätzlicher, direkter Anspruch gegen den Entleiher erwächst. ^{16a)} Ein solcher Verpflichtungswille dürfte beim Entleiher aber in der Regel nicht vorliegen, und es müssen schon besondere Umstände gegeben sein, die diese Annahme rechtfertigen. Die Entgeltauszahlung durch den Entleiher als solche ist rechtlich nicht zu beanstanden. Im Einzelfall muß man wohl den Entleiher aus der ihm obliegenden Fürsorgepflicht heraus sogar als verpflichtet ansehen, den Lohn direkt an den Leiharbeiter auszuzahlen, wenn zu befürchten ist, daß der Verleiher den an ihn abgeführten Lohn veruntreut oder aus sonstigen Gründen nicht an den Leiharbeiter auszahlen kann.

Die Lohnzahlungspflicht des Verleihers bleibt grundsätzlich auch dann unberührt, wenn zwischen Verleiher und Entleiher für die Zeit der Abstellung ein höherer Lohn als

BB 58, 665; v. 7.1.59, BB 59, 338; a.A. (Lohnzahlungspflicht beim Entleiher) die Vertreter der Eingliederungstheorie, vgl. Beine, AR-Kartei C I 1; Maus, Recht des Arbeitsvertrages, S. 293; Maurer, AR-Blattei unter G II 1; ihnen folgend ArbG Wilhelmshaven v. 6.11.52, BB 53, 203; LAG Schleswig-Holstein v. 15.4.48, ArbBlBrZ 48, 377.

16) vgl. LAG Düsseldorf BB 58, 666 am Schluß

16a) vgl. Nikisch, S. 215; Trieschmann aaO. III 1c; Verleiher und Entleiher sind dann Gesamtschuldner (§ 421 BGB).

beim Verleiher vereinbart wird, denn eine solche Vereinbarung betrifft nur die Frage, inwieweit der Entleiher verpflichtet ist, den Lohn des Leiharbeiters an den Verleiher abzuführen. Hier liegt allerdings die Annahme eines Vertrages zugunsten Dritter näher; ist sie aber zu verneinen, so muß man den Verleiher zur Zahlung dieses höheren Lohnes für verpflichtet halten, da der Verleihvertrag mit Zustimmung des Leiharbeiters geschlossen wurde und somit die damit einbezogene Lohnerhöhung auch im Verhältnis Verleiher - Leiharbeiter als direkt vereinbart anzusehen ist. 17)

Die Vereinbarung eines niedrigeren Lohnes zwischen Verleiher und Entleiher ist ohne die Zustimmung des Leiharbeiters nicht möglich, da der Verleiher seine Lohnzahlungspflicht, die auf dem Arbeitsvertrag mit dem Leiharbeiter beruht, selbstverständlich nicht einseitig abändern kann. 18)

Die Lohnzahlungspflicht des Verleihers bleibt unberührt, wenn der Entleiher gegenüber dem Leiharbeiter in Annahmeverzug kommt. Dagegen entfällt sie, wenn der Leiharbeiter gegenüber dem Entleiher in Leistungsverzug gerät, da er hier auch die noch gegenüber dem Verleiher bestehende Pflicht, beim Entleiher zu arbeiten, verletzt. Der Verleiher bleibt zur Lohnfortzahlung im Krankheitsfall verpflichtet. Seine Lohnzahlungspflicht wird auch von einem Streik im Entleiherbetrieb nicht berührt. 18a)

Neben der grundsätzlichen Haftung des Verleihers für den Lohn erhebt sich die Frage, ob nicht der Entleiher

17) a.A. Beine, AR-Kartei C I 1, der Verleiher handle im Vertrag mit dem Entleiher auch als arbeitsrechtlicher Stellvertreter des Leiharbeiters, dieser habe also einen direkten Anspruch auf den höheren Lohn gegen den Entleiher. Die Annahme einer Stellvertretung ist hier aber m.E. zu wenig gesichert.

18) Die Konstruktion Endemanns, BlStSozArbR 53, 350, der für diesen Fall Haftung von Verleiher und Entleiher als Gesamtschuldner wegen Verletzung der Fürsorgepflicht annehmen will, ist demnach überflüssig.

18a) vgl. Maus Hdb., S. 57 Anm. 146 a.

regelmäßig in irgendeiner Form mithaftet. Endemann ¹⁹⁾ will hier den Entleiher als Gesamtschuldner mit dem Verleiher mithaften lassen, wenn der Leiharbeiter ihn nach Treu und Glauben als Arbeitgeber ansehen durfte bzw. der Überlassungsvertrag danach die Auslegung erlaubt, daß auch der Entleiher für die Erfüllung der Arbeitgeberpflichten haften wolle. Ein solcher Anspruch mag sich in Einzelfällen aus Treu und Glauben ergeben, für den Regelfall kann diese Meinung aber m.E. keine Geltung beanspruchen, da auch nach Treu und Glauben ein solcher Mitverpflichtungswille des Entleihers nur selten anzunehmen sein wird. Ebenso steht es mit der Konstruktion eines stillschweigenden Garantievertrags; ²⁰⁾ eine so weitgehende Mithaftung des Entleihers versteht sich ebenfalls nicht von selbst und muß sich aus den Vereinbarungen ergeben. Es mag unbillig erscheinen, daß dem Entleiher zwar einerseits die Arbeitsleistung des Leiharbeiters unmittelbar zugute kommt, ihn aber andererseits überhaupt keine Haftung für den Lohn des Leiharbeiters treffen soll. Dies erscheint auch dann noch gegenüber dem Leiharbeiter als sozial ungerechtfertigt, wenn man berücksichtigt, daß der Entleiher den Lohn des Leiharbeiters in der Regel an den Verleiher abzuführen hat. Besonders deutlich wird es, wenn der Leiharbeiter vom Verleiher aus irgendwelchen Gründen (z.B. Veruntreuung, Konkurs) keinen Lohn bekommt. Mit diesen reinen Billigkeitserwägungen läßt sich aber weder eine direkte noch eine subsidiäre Mithaftung des Entleihers begründen. Für eine Bürgschaft (§§ 765 f. BGB) würde es auch an der erforderlichen Schriftform fehlen. Die Mithaftung des Entleihers kann daher grundsätzlich nur durch Parteivereinbarung begründet werden, ^{20a)} bei

19) BB 51, 787 Anm. 6 und ähnl. BB 54, 475; auch Maus nimmt (ohne Begründung) ein Gesamtschuldverhältnis an, Arbeitsvertrag S. 295 Anm. 9

20) Kauffmann, RdA 51, 178

20a) vgl. Hueck, S. 474; Nikisch, S. 215 Anm. 46

der Annahme stillschweigender Vereinbarungen ist aber, wie schon oben erwähnt, Vorsicht geboten. Der Entleiher haftet aber aus Verletzung seiner Fürsorgepflicht, wenn er den Lohn an den Verleiher zahlt, obwohl er weiß oder wissen muß, daß dieser ihn nicht an Leiharbeiter weitergeben wird oder kann.

Zum Teil umstritten ist noch die Frage, welcher Tarif für den Leiharbeiter während der Tätigkeit beim Entleiher zu gelten hat. Nicht richtig ist m.E. die Auffassung, es gelte für den Leiharbeiter auch während dieser Zeit nur der Tarif des Verleiherbetriebs, weil der Leiharbeiter nur zum Verleiher in einem Arbeitsverhältnis stehe, also seinen Tarif "mitbringe".²¹⁾ Diese Meinung verkennt, daß es ein wesentliches Merkmal des Tarifvertrages ist, daß er - beiderseitige Tarifgebundenheit oder Allgemeinverbindlichkeit vorausgesetzt - gleichmäßig und ohne Ausnahme für alle Betriebsangehörigen des Entleiherbetriebes gilt (vgl. auch §§ 3 II und 4 I TVG), daß es also unzulässig ist, einzelne Betriebsangehörige davon auszunehmen. Daß der Leiharbeiter in den Entleiherbetrieb nicht auf normalem Wege eingestellt, sondern nur auf Zeit ausgeliehen ist, begründet in dieser Hinsicht keinen Unterschied,²²⁾ da der Leiharbeiter während dieser Zeit wie jeder andere Betriebsangehörige eingegliedert ist und auch zum Entleiher ein rechtswirksamer, wenn auch nur teilweiser, auf den Zweck des Verleihs beschränkter Arbeitsvertrag besteht. Es hat also für den Leiharbeiter mindestens der Tarif des Entleiherbetriebs zu gelten,²³⁾ er darf nicht schlechter bezahlt werden, als die anderen im Entleiherbetrieb mit

21) vgl. Bulla, NS-Sozpol 1942, S. 57; Sturn, RABl 1942 V, S.235
22) vgl. Hueck, S. 475; Nikisch, S. 215
23) vgl. außer Fußn. 22: Maus Hdb., S. 56; Bobrowski-Gaul, S. 53. Für die Vertreter der Eingliederungstheorie ist dies ohnehin selbstverständlich, vgl. Beine, AR-Kartei C I 1 und ArbBlBrZ 47, 411; Maus, Recht des Arbeitsvertrages, S. 292; Maurer, AR-Blattei unter G II 1; vgl. auch IAG Düsseldorf v. 4.4.49, ARSt III, Ziff. 597 u. ArbG Berlin v. 1.12.52, ARSt IX, Ziff. 619

den gleichen Arbeiten beschäftigten Arbeitnehmern (vgl. § 4 III TVG). Die Folge, daß der Leiharbeiter schlechter bezahlt wird als die Stammarbeiter des Entleihers²⁴⁾, kann also nicht eintreten, soweit es sich um Tariflohn handelt.

Vielfach wird aber im Zusammenhang mit der Tarifffrage übersehen, daß der Verleiher grundsätzlich Lohnschuldner bleibt.²⁵⁾ Die Folge davon ist, daß sich daher die Höhe des vom Verleiher geschuldeten Lohnes weiter nach dem in seinem Betrieb geltenden Tarif richtet, da dieser Tariflohn ja unmittelbarer Bestandteil des Arbeitsvertrages zwischen Verleiher und Leiharbeiter geworden ist.²⁶⁾ Es besteht daher der zwischen Verleiher und Leiharbeiter geltende Tariflohn weiter, ohne daß hier der Fortfall des betrieblichen Geltungsbereiches des Tarifvertrages sich auswirken kann, da ja der Tariflohn Bestandteil des fortgeltenden Arbeitsvertrages geblieben ist und einseitig nicht abgeändert werden kann.

Die Folge ist, daß für die Entlohnung des Leiharbeiters also zwei Tarife in Frage kommen. Der Leiharbeiter ist aber dann nach dem jeweils höheren Tarif zu entlohnen, da nur so einer Umgehung von Tarifverträgen vorgebeugt werden kann.²⁷⁾ Dieses bereits von Hueck aaO. entwickelte Ergebnis dürfte m.E. wohl die derzeit einzig mögliche und richtige Lösung der Tarifffrage beim Leiharbeitsverhältnis sein.

Eine übertarifliche Lohnzahlung oder außertarifliche Sonderleistungen des Entleiherbetriebs (Gewinnausschüttung, Gratifikationen) stehen dem Leiharbeiter dagegen nicht zu,

24) vgl. Endemann, BB 51, 787 Linksspalte oben

25) vgl. die zu Fußn. 23 Zitierten

26) vgl. § 4 I TVG und Hueck-Nipperdey-Tophoven Anm. 28 zu § 4 TVG

27) vgl. Hueck, S. 475. Die Konstruktion von Maus, Hdb. S. 56, ein niedrigerer Tarif im Entleiherbetrieb könne deshalb nicht gelten, weil die Fürsorgepflicht dem Verleiher gebiete, die bisherigen Arbeitsbedingungen des Leiharbeiters zu wahren, ist demnach nicht nötig.

da auch insoweit der Verleiher und nicht der Entleiher Lohnschuldner und daher auch alleiniger Schuldner aller damit zusammenhängenden Leistungen ist.²⁸⁾ Der Leiharbeiter wird auch in den meisten Fällen die Voraussetzungen dafür (z.B. längere Betriebszugehörigkeit) im Entleiherbetrieb nicht erfüllen; er erfüllt sie aber im Verleiherbetrieb und kommt dort in den Genuß dieser außertariflichen Vergünstigungen. Eine soziale Härte ergibt sich daher aus diesem Umstand in der Regel nicht. Sind im Einzelfall die zusätzlichen Leistungen im Entleiherbetrieb höher als beim Verleiher, so kann sich m.E. besonders bei längerer Dauer des Verleihens aus der Fürsorgepflicht des Verleihers die Verpflichtung ergeben, während dieser Zeit dem Leiharbeiter die höheren Leistungen des Entleiherbetriebs zu gewähren, damit dieser im Entleiherbetrieb nicht eine sozial mindere Stellung einnimmt.

III. Die Beendigung des Leiharbeitsverhältnisses

Die Beendigung des Leiharbeitsverhältnisses beurteilt sich in erster Linie nach dem Rechtsverhältnis Verleiher - Entleiher, da es ja auch aufgrund der Vereinbarungen zwischen Verleiher und Entleiher entstanden ist und daher auf diesem Verhältnis beruht.²⁹⁾ Dieses endet wie jedes Dauerrechtsverhältnis durch Zeitablauf, Zweckerreichung, Eintritt einer auflösenden Bedingung, Vereinbarung oder Kündigung. Verleiher und Entleiher sind gleichermaßen kündigungsberechtigt, aus dem Zweck des Verleihens kann sich aber ergeben, daß der Verleiher oder der Entleiher zur fristlosen Kündigung des Vertrages berechtigt ist, z.B. wenn feststeht, daß der Arbeitnehmer nur solange ausgeliehen werden sollte als der Verleiher ihn nicht benötigt oder der Entleiher ihn benötigt.³⁰⁾ Ist das nicht der Fall, so dürften m.E. die Kündigungsfristen des BGB für den Dienstvertrag (§§ 621 f. BGB) entsprechend anzuwenden sein. Der

28) a.A. Maus, Hdb. S. 56

29) vgl. Hueck, S. 475

30) vgl. Trieschmann, Betrieb 56 Beilage 16 unter III 1 a am Schluß

Leiharbeiter wird durch diese Kündigung nicht berührt, da er ja im Arbeitsverhältnis zum Verleiher bleibt und nur so lange beim Entleiher arbeitet, als der Verleiher dies will, er hat kein Recht im Betrieb des Entleihers zu bleiben ³¹⁾ und genießt daher im Verhältnis zu ihm auch keinerlei Kündigungsschutz.

Das Leiharbeitsverhältnis endet auch dann, wenn der Verleiher den Leiharbeiter ohne Kündigungsrecht gegenüber dem Entleiher vorzeitig zurückruft, ³²⁾ da das Weisungsrecht des Verleihers als das ursprüngliche und stärkere dem Weisungsrecht des Entleihers vorgeht, der Anspruch auf Arbeitsleistung des Entleihers ebenfalls nur vom Verleiher abgeleitet ist und die schuldrechtliche Bindung des Verleihers an den Entleiher auf sein Verhältnis zum Leiharbeiter ohne Einfluß ist. Ein Schadensersatzanspruch des Entleihers wegen Nichterfüllung des Verleihvertrages bleibt selbstverständlich davon unberührt.

Das Leiharbeitsverhältnis endet m.E. aber auch mit der Auflösung des Arbeitsverhältnisses zwischen Verleiher und Leiharbeiter, da das Leiharbeitsverhältnis notwendig auf den rechtlichen Beziehungen aller drei Beteiligten beruht. Die Rechtsbeziehungen zwischen Leiharbeiter und Entleiher sind auch grundsätzlich die schwächeren, da sie aus dem Arbeitsverhältnis zum Verleiher abgeleitet sind, und müssen daher auch mit diesem enden. Die Auflösung dieses Arbeitsverhältnisses ist selbstverständlich nur Sache der Vertragspartner Verleiher und Leiharbeiter. Das Rechtsverhältnis zwischen Leiharbeiter und Entleiher hat darauf nur insofern Einfluß, als hier Gründe vorliegen, die dem Leiharbeiter das Recht zur fristlosen Kündigung gegenüber dem Entleiher geben würden. Hier ist der Leiharbeiter auch gegenüber dem Verleiher zur fristlosen Kündigung berechtigt, wenn dieser sich weigert, ihn unter Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses aus dem Entleihetrieb zurückzurufen, ³³⁾ da sich hier auch der Verleiher einer Verletzung der Fürsorgepflicht schuldig macht.

31) vgl. Nikisch, S. 216

32) vgl. Hueck, S. 475/76

33) vgl. Hueck, S. 476

Streitig ist wohl noch die Frage, ob auch allein im Verhältnis Leiharbeiter - Entleiher eine Kündigung mit der Folge, daß das Leiharbeitsverhältnis beendet wird, möglich ist. Das wird zum Teil ausdrücklich bejaht, ³⁴⁾ zum Teil aber verneint, ³⁵⁾ weil eine Kündigung nur durch die Parteien des Arbeitsvertrags also zwischen Verleiher und Leiharbeiter möglich sei.

M.E. ist eine Kündigungsmöglichkeit allein im Verhältnis Leiharbeiter - Entleiher zu verneinen. An sich besteht zwar zwischen beiden ein Dauerrechtsverhältnis, bei dem eine Kündigung möglich sein müßte; eine Kündigung nur dieses Verhältnisses ist aber nicht geeignet, das Leiharbeitsverhältnis als solches aufzulösen. Kündigt nämlich der Leiharbeiter nur gegenüber dem Entleiher, so endigt damit nicht auch seine auf seiner Zustimmung zum Verleihen dem Verleiher gegenüber bestehende Verpflichtung, seine Arbeitspflicht beim Entleiher zu erfüllen. Der Verleiher könnte den Leiharbeiter, solange diese Verpflichtung besteht, ³⁶⁾ auch wieder dem gleichen Entleiher zuweisen und der Leiharbeiter würde sich bei Weigerung schadenersatzpflichtig machen. Andererseits löst auch der Entleiher allein durch Kündigung dem Leiharbeiter gegenüber nicht seine Rechtsbindung gegenüber dem Verleiher und würde hier vertragsbrüchig werden. Will er also das Leiharbeitsverhältnis auflösen, so muß er auch dem Verleiher gegenüber kündigen. Er benötigt auch keine Kündigungsmöglichkeit gegenüber dem Leiharbeiter, da er jederzeit dem Verleiher gegenüber kündigen und den Leiharbeiter zur Verfügung stellen kann. ³⁷⁾ Eine Kündigungsmöglichkeit im Verhältnis Leih-

34) So folgerichtig die Vertreter der Eingliederungstheorie, vgl. Beine, AR-Kartei C I 1; Maurer, AR-Blattei G II 1; Maus, Arbeitsvertrag S. 294; vgl. auch Maus, Hdb. S. 56; LAG Düsseldorf v. 14.11.57, BB 58, 986.

35) vgl. Priebe, ArbRuSchli 1931, 126; Bobrowski-Gaul, S. 55; Trieschmann aaO. unter III 1 a am Schluß; Nikisch, S. 216.

36) Etwas ungenau insoweit Trieschmann aaO. unter III 1 a; die Zustimmung des Leiharbeiters zum Verleihen gilt grundsätzlich nur für den einzelnen Fall, wenn sie nicht ausdrücklich allgemein gegeben ist.

37) vgl. Trieschmann aaO.

arbeiter - Entleiher ist daher m.E. überhaupt zu verneinen, da eine Kündigung allein dieses Verhältnisses das Leiharbeitsverhältnis nicht beenden könnte. Sie ist auch nicht nötig, da eine Beendigung des Rechtsverhältnisses Leiharbeiter - Entleiher (und damit des Leiharbeitsverhältnisses) jederzeit durch Kündigung der Rechtsverhältnisse Verleiher - Entleiher oder Verleiher - Leiharbeiter herbeigeführt werden kann. Mit einer Kündigungsmöglichkeit im Verhältnis Entleiher - Leiharbeiter wäre auch der Klarheit der Rechtsbeziehungen aller drei Beteiligten nicht gedient.

14. Verhältnis Leiharbeiter - Verleiher

Zwischen Leiharbeiter und Verleiher besteht zunächst ein normales Arbeitsverhältnis, aus dem der Verleiher auch sein Recht herleitet, den Leiharbeiter an einen anderen Unternehmer abzugeben, wozu er aber, wie schon hervorgehoben, der Zustimmung des Leiharbeiters bedarf (§ 613 S. 2 BGB). Das Weisungsrecht des Verleihers geht nicht so weit, es wirkt nur innerbetrieblich. ¹⁾

Durch das Ausleihen erlischt das Arbeitsverhältnis, wie schon oben ²⁾ dargestellt, nicht, sondern es besteht fort, da Verleiher und Leiharbeiter es nicht auflösen wollen und der Leiharbeiter nur für eine gewisse Zeit seine Arbeitspflicht bei einem Entleiher erfüllen soll. ³⁾ Es ist m.E. auch nicht berechtigt, das Arbeitsverhältnis zwischen Leiharbeiter und Verleiher nach dem Ausleihen als "ruhendes Arbeitsverhältnis" zu bezeichnen, ⁴⁾ da auch während des Leiharbeitsverhältnisses ein wesentlicher Teil der Rechte und Pflichten bestehen bleibt. Das Arbeitsver-

1) vgl. Bulla, NS-SozPol 42, S. 54; Trieschmann, Betrieb 56 Beilage 16 unter III 1 b

2) S. 41 und 46 f.

3) vgl. Amtsberg, ArbR 1931, 85; Priebe, ArbRuSchli 31, 126; Potthoff, Arbeitsrecht S. 78; Bulla, NS-SozPol 1942, 56; Maus, Hdb. S. 57; Trieschmann aaO. III 1 b; Bobrowski-Gaul, S. 53; a.A.: Beine, AR-Kartei C I 2; Maus, Arbeitsvertrag S. 292; Maurer, AR-Blattei unter G II.

4) So Hofrichter, S. 208; Höcker, RdA 54, 129 linke Spalte

hältnis bleibt also nach wie vor voll und ganz bestehen, es wird nur, wie im folgenden zu zeigen sein wird, durch das "Verleihen" in seinen Wirkungen modifiziert. ⁵⁾

So steht dem Verleiher zwar noch ein Anspruch auf Arbeitsleistung zu, der aber während der Tätigkeit des Leiharbeiters beim Entleiher nur auf Leistung an diesen gehen kann. ^{5a)} Erfüllungsort der Arbeitsleistung ist während dieser Zeit der Entleiherbetrieb. ⁶⁾

Der Verleiher ist auch, wie aus Gründen der Zweckmäßigkeit oben schon dargestellt, ⁷⁾ nach wie vor zur Lohnzahlung verpflichtet.

Bestehen bleibt auch die gegenseitige Treue- und Fürsorgepflicht. ⁸⁾ So ist der Leiharbeiter zur Wahrung der Betriebsgeheimnisse des Verleihers verpflichtet, sofern sich aus dem Zweck des Verleihens nicht ein anderes ergibt, z.B. wenn der Leiharbeiter seine Spezialkenntnisse dem Entleiherbetrieb zur Verfügung stellen soll. Die Fürsorgepflicht des Verleihers besteht insbesondere auch darin, daß er die Interessen des Leiharbeiters gegenüber dem Entleiher zu wahren hat. ⁹⁾

Streitig ist dagegen die Frage, ob die Fürsorgepflicht des Verleihers so weit geht, daß er auch für Verletzungen der Fürsorgepflicht durch den Entleiher haftet (§ 278 BGB). Das RAG ¹⁰⁾ bejahte dies mit der Begründung, die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers erstrecke sich soweit, als der Arbeitnehmer Arbeit leiste, zu der er ausdrücklich bestellt

5) vgl. Nikisch, S. 214: das Arbeitsverhältnis befinde sich im Erfüllungszustand und werde nur zeitweise beim Entleiher erfüllt; Bobrowski-Gaul, S. 53.

5a) vgl. oben S. 51

6) vgl. Bobrowski-Gaul, S. 53

7) S. 54 f.

8) vgl. Bulla, NS-SozPol 42, 56; Trieschmann, aaO. III 1 b; Bobrowski-Gaul, S. 53; RAG v. 5.6.40 ARS 40, 10 f. m. Anm. v. Hueck (S. 16) und Häußner, AR-Kartei Leiharbeiter-Einzelfälle 2 und Neitzel, Haftpflicht des Arbeitgebers Einzelfälle 19; RGZ v. 17.12.42, Bd. 170, 216

9) vgl. Maus, Arbeitsvertrag, S. 292; LAG Düsseldorf v. 7.3.57, Betrieb 57, 460

10) ARS 40, 10 f.; bestätigt in RGZ 170, 216 und 171, 393 (395)

sei oder die er auf Grund seiner Treuepflicht zu leisten habe. Dieser Fürsorgepflicht könne sich der Arbeitgeber nicht durch Abmachungen mit dem Dritten, für den die Arbeiten auszuführen seien, entziehen, da die Fürsorgepflicht entsprechend dem personenrechtlichen Charakter des Arbeitsverhältnisses ein so wesentlicher Bestandteil sei, daß der Arbeitgeber niemals davon entbunden werden könne. Der Verleiher könne sich des Entleihers daher nur als Erfüllungsgehilfen hinsichtlich der Fürsorgepflicht bedienen und hafte für ihn nach § 278 BGB. Eine Gegenmeinung verneint dies und läßt nur eine Haftung des Verleihers für die Auswahl des Entleihers nach § 276 zu, da dem Verleiher für Umstände außerhalb seiner Einflußsphäre keine Haftung zugemutet werden könne.¹¹⁾ Letzterer Meinung ist - m.E. aber mit anderer Begründung - der Vorzug zu geben. Die Meinung des RAG gründet sich vor allem auf die Erwägung, der Entleiher könne keine eigene, selbständige Fürsorgepflicht haben, sondern immer nur die des Verleihers erfüllen, da zu ihm kein Arbeitsvertrag bestehe. Das trifft aber nach der hier vertretenen Auffassung von der Aufteilung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zu. Der Entleiher wird, soweit die Arbeitgeberfunktionen auf ihn übergehen, also auch hinsichtlich des von ihm zu erfüllenden Teiles der Fürsorgepflicht, Arbeitgeber mit der Folge, daß insoweit der Verleiher als Arbeitgeber nicht mehr zuständig ist. Der Entleiher erfüllt daher die Fürsorgepflicht als eigene ihm selbst obliegende und nicht als Erfüllungsgehilfe des Verleihers, der sich insoweit nicht mehr des Entleihers zur Erfüllung seiner Fürsorgepflicht bedient, da sie ja, soweit sie auf diesen übergegangen ist, keine Pflicht des Verleihers mehr darstellt. Der Verleiher haftet demnach nur für eigenes Verschulden bei der

11) Maus, Hdb. S. 58 Fußn. 147; Trieschmann, aaO. III 1 b; die Meinung Trieschmanns in Fußn. 16, RAG ARS 40, 10 und RGZ 170, 216 stünden dem nicht entgegen, ist m.E. unzutreffend, da es sich in ARS 40, 10 nicht wie er annimmt um einen Werkvertrag, sondern um die Überlassung von Arbeitnehmern handelte. Diese Entscheidung ist in RGZ 170, 216 und 171, 395, wenn auch in Ansehung eines anderen Sachverhalts ausdrücklich bestätigt.

Auswahl des Entleiher (§ 276 BGB). Der Leiharbeiter wird hier nicht benachteiligt, da er ja auch im Entleiher einen als Unternehmer kapitalkräftigen Schuldner hat. Aber auch dann, wenn das ausnahmsweise nicht der Fall ist, muß man annehmen, daß der Leiharbeiter infolge der notwendigen Teilung der Arbeitgeberfunktionen mit dem Übergang der betrieblichen Fürsorgepflicht auf den Entleiher einverstanden ist. ^{11a)}

Nach Beendigung der Leihzeit ist der Leiharbeiter zum Wiedereintritt in den Verleiherbetrieb, der Verleiher zur Wiedereinstellung des Leiharbeiters verpflichtet. Bei Weigerung kommt daher der Leiharbeiter in Leistungs-, der Verleiher in Annahmeverzug. ¹²⁾ In der Weigerung des einen oder anderen Teils kann u.U. eine fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus wichtigem Grunde liegen; wann das der Fall ist, ist jedoch Tatfrage. ¹³⁾ Hat der Verleiher keine Beschäftigungsmöglichkeit in seinem Betrieb für den Leiharbeiter, dann kann eine ordentliche Kündigung aus dringenden betrieblichen Erfordernissen sozial gerechtfertigt sein (§ 1 II KSchG), ¹⁴⁾ es sind aber hier m.E. an den Grund der "dringenden betrieblichen Erfordernisse" genauso strenge Maßstäbe anzulegen wie sonst bei der Kündigung eines "normalen" Arbeitsverhältnisses. Der Leiharbeiter geht damit des Kündigungsschutzes gegenüber dem Verleiher nicht verlustig.

§ 15. Verhältnis Verleiher - Entleiher

Das Verhältnis zwischen Verleiher und Entleiher liegt außerhalb der arbeitsrechtlichen Problematik des Leiharbeitsverhältnisses und soll deshalb nur kurz dargestellt werden. In diesem Vertrag verpflichtet sich der Verleiher, einen dem Vertrag entsprechenden, objektiv tauglichen Arbeitnehmer zur Verfügung zu stellen, der Entleiher, die vereinbarte Vergütung zu zahlen. Es handelt sich hier um einen schuldrechtlichen Vertrag eigener Art, der gesetzlich

11a) a.A. Hueck, S. 474, Fußn. 40

12) vgl. Priebe, ArbRuSchli 1931, 126; Beine, AR-Kartei C I 2 Maurer, AR-Blattei G II 2.

13) vgl. Maus, Arbeitsvertrag, S. 292 u. Hdb. S. 58

14) vgl. LAG Düsseldorf v. 7.3.57, Betrieb 57, 460

nicht geregelt ist. Ein solcher Vertrag wird nach herkömmlicher und wohl noch herrschender Meinung als Dienstverschaffungsvertrag bezeichnet. ¹⁾ Daneben hat man für diesen Vertrag noch mehrere andere Bezeichnungen vorgeschlagen: Arbeiterüberlassungs- bzw. Arbeiterbe(ver)schaffungsvertrag ²⁾ oder Arbeitsbeschaffungsvertrag. ³⁾ Da über den wesentlichen Inhalt dieses Vertrages praktisch Einigkeit besteht, geht es m.E. hier nur um die Wahl des zweckmäßigeren Begriffes. ⁴⁾ Als solcher scheint mir die Bezeichnung "Arbeiterverschaffungsvertrag" der Sachlage am meisten zu entsprechen, da der wesentliche Vertragsinhalt die Stellung von Arbeitnehmern und nicht etwa die von ihnen zu leistenden Dienste sind. Die Bezeichnung Dienst- oder Arbeitsverschaffungsvertrag könnte auch insofern mißverständlich sein, als man aus der Bezeichnung Dienstverschaffungsvertrag schließen könnte, die Dienste des Arbeitnehmers seien Inhalt des Vertrags und der Verleiher hafte daher für die Arbeitsleistung des Leiharbeiters gem. § 278 BGB. Dies ist im Gegenteil nicht der Fall. Nach fast einhelliger Auffassung erschöpft sich beim Leiharbeitsverhältnis die Verpflichtung des Verleihers darin, daß er eine dem Vertrag entsprechende, mindestens aber objektiv taugliche Arbeitskraft zur Verfügung

-
- 1) Vgl. Molitor, SchliW 1926, 89 und AR-Blattei Arbeitspflicht I unter B I; Häußner, AR-Kartei Leiharbeiter-Einzelfälle 2; Schnorr v.C., S. 155; Hueck, S. 181; Nikisch, S. 240; Kauffmann, RdA 51, 177; in der Rspr. fast durchwegs, vgl. RAG v. 23.4.32, ARS 15, 123; v. 5.6.40, ARS 40, 10; RGZ v. 18.6.13, Bd. 82, 427; v. 11.11.19, JW 20, 284; LAG Bremen v. 16.1.52, BB 52, 575; LAG Frankfurt/M. v. 18.10.50, AP 52, Nr. 68, S. 332.
 - 2) Herschel, JW 37, 1116; Hofrichter, S. 198; Beine, AR-Kartei C I 3; Maurer, AR-Blattei G II 3; Endemann, BB 51, 786; Trieschmann, Betrieb 56 Beilage 16 unter III 1 c.
 - 3) Molitor, AR-Blattei, Arbeitsbeschaffungsvertrag I unter A; a.A. noch Höcker, RdA 54, 127 entgeltlicher Geschäftsbesor-gungsvertrag (§ 675 BGB).
 - 4) Die z.T. früher gegen den Begriff des Dienstverschaffungsvertrages geführte Polemik (vgl. z.B. Beine AR-Kartei aaO.) dürfte heute als überholt gelten. Von einer Vermietung von Arbeitskräften kann hier nicht gesprochen werden, da das Leiharbeitsverhältnis auf dem vertraglichen Übereinkommen aller drei Beteiligten beruht.

stellt und sie zum pünktlichen Dienstantritt beim Entleiher veranlaßt. Da die Verpflichtung des Verleihers nur soweit geht, ist der Leiharbeiter also bei seiner Arbeitsleistung nicht Erfüllungsgehilfe des Verleihers, dieser haftet nicht für etwaige Schlechtleistung des Leiharbeiters.⁵⁾ Er haftet nur für eigenes Verschulden bei der Auswahl des Arbeitnehmers (§ 276 BGB).

In der Praxis hat meistens der Entleiher den Lohn des Leiharbeiters zuzüglich eines prozentualen Zuschlags als Vergütung für das Zurverfügungstellen des Leiharbeiters einschließlich der Lohnkosten, Steuern und Sozialabgaben an den Verleiher abzuführen,⁶⁾ - sofern die Entlohnung nicht durch den Entleiher direkt erfolgt - da der Verleiher ohne Lohnvergütung ja einen Verlust erleiden würde, wenn er einerseits den Leiharbeiter entlohnen muß, andererseits ihm aber dessen Arbeitsleistung nicht zugute kommt. Die Lohnzahlungspflicht des Entleihers an den Verleiher muß aber zumindestens stillschweigend davon abhängig sein, daß dem Leiharbeiter als Stammarbeiter des Entleihers an sich ein Lohn zustünde und er ihn nicht aus irgendwelchen Gründen wie Leistungsverzug oder Krankheit nicht verlangen könnte; denn es ist dem Entleiher nicht zuzumuten und von ihm nicht gewollt, daß er in solchen Fällen den Lohn des Leiharbeiters trotzdem an den Verleiher abführen muß, obwohl er nicht in den Genuß der Arbeitsleistung des Leiharbeiters kommt.⁷⁾ Dagegen muß die Lohnzahlungspflicht des Entleihers gegenüber dem Verleiher unberührt bleiben, wenn er dem Leiharbeiter gegenüber in Annahmeverzug kommt.⁸⁾

Der zum Lohn zu zahlende Aufschlag wird m.E. aber nicht durch einen etwaigen Leistungs- oder Annahmeverzug im Verhältnis Leiharbeiter - Entleiher berührt, da dieser

5) vgl. Hofrichter, S. 202; Beine AR-Kartei unter C II 3; Maus, Hdb. S. 52; Maurer, AR-Blattei G II 3; Trieschmann, aaO. III 1 c; Hueck, S. 181 Anm. 3; Staudinger, Anm. 12 zu § 613 BGB; RGZ 56, 361; 82, 427; JW 1920, 284; a.A. Dalberg, JW 1911, 141/142

6) vgl. Maus, Hdb., S. 52; Maurer, AR-Blattei G II 3

7) vgl. Maurer, AR-Blattei G II 3; Maus, Hdb. S. 53; ähnlich Trieschmann, aaO. III 1 c

8) vgl. Maurer, aaO

Zuschlag allein für das Zurverfügungstellen des Leiharbeiters geschuldet wird und mit der Lohnzahlungspflicht nichts zu tun hat. ⁹⁾ Der Vergütungsanspruch des Verleihers ist keine Lohnforderung und genießt daher auch nicht das Vorrecht des § 61 Nr. 1 KO. ¹⁰⁾

Die Beendigung des Vertrages Verleiher - Entleiher wird sich meist aus der Vereinbarung selbst oder dem Zweck des Verleihens ergeben. Bei unbefristeten Leiharbeitsverhältnissen wird man, sofern sich nicht aus den Vereinbarungen ein Recht zur jederzeitigen sofortigen Kündigung ergibt, m.E. wohl die Kündigungsfristen des BGB für den Dienstvertrag (§§ 620 f.) entsprechend anwenden können. ¹¹⁾ Bei mangelhafter Arbeitsleistung des Leiharbeiters kann ein wichtiger Grund für den Entleiher zur sofortigen Kündigung bestehen, falls der Verleiher keinen tauglichen Ersatzmann stellt. ¹²⁾

Die Rechtsstellung des Leiharbeiters bei den sogenannten gemischten Rechtsverhältnissen

Der Verleiher verpflichtet sich hier, dem Entleiher eine Sache (Dreschmaschine, Straßenwalze, Kraftwagen, Filmatelier) mietweise zu überlassen und das dazu erforderliche Bedienungspersonal zu stellen, das dann nach den Weisungen des Entleihers arbeiten soll. Es handelt sich hier um einen Mietvertrag in Verbindung mit einem Dienst- oder besser Arbeiterverschaffungsvertrag. ¹⁾ Der Verleiher haftet auch hier nicht für die Dienstleistung der Arbeitnehmer, da diese auch hier in der Regel nicht seine Erfüllungsgehilfen hinsichtlich der Arbeitsleistung sind, ²⁾ im Einzelfall kann sich aber aus den Umständen eine Haftung des Verleihers für das Personal ergeben. ³⁾

9) vgl. Maus, Hdb. S. 53; Trieschmann aaO.; a.A. Beine, AR-Kartei C II 3 und Maurer aaO.

10) vgl. ArbG Bremen v. 4.11.52, Betrieb 53, 276

11) vgl. oben S. 60

12) vgl. LAG Düsseldorf v. 7.3.57, Betrieb 57, 460

1) vgl. Wüstendörfer, S. 301; Staudinger, Anm. 12 zu § 613; Dalberg, JW 1911, 140; RGZ 56, 360; 69, 127; 82, 427; JW 20, 284 mit Anm. von Oertmann

2) vgl. Wüstendörfer, S. 316; Staudinger, RG aaO. s. A. Dalberg, JW 1911, 141, 142

Hinsichtlich des mit der vermieteten Sache mitgegebenen Bedienungspersonals liegt ein Leiharbeitsverhältnis vor, da hier alle Voraussetzungen für ein solches gegeben sind. Für die Abgrenzung zum Werkvertrag gilt hier das Gleiche wie sonst, ⁴⁾ ein Leiharbeitsverhältnis wird aber hier in der Regel vorliegen, wenn der Mieter der Sache auch das Weisungsrecht über das Personal hat, ⁵⁾ da dann meist keine Verpflichtung des Verleihers, einen bestimmten Arbeitserfolg herbeizuführen, bestehen wird.

Für die Rechtsstellung des Leiharbeiters in diesen Fällen kann es dahingestellt bleiben, ob das Leiharbeitsverhältnis bzw. der Arbeiterverschaffungsvertrag und der Mietvertrag einen einheitlichen Vertrag bilden, ⁶⁾ da dies auf die Rechtsstellung der Leiharbeiter ohne Einfluß ist und die arbeitsrechtliche Seite dieser gemischten Rechtsverhältnisse infolge des Schutzcharakters des Arbeitsrechts den Vorrang haben muß. ⁷⁾

Die Leiharbeiter in den gemischten Rechtsverhältnissen nehmen keine Sonderstellung im Vergleich zu den sonstigen Fällen des Leiharbeiters ein. Die gegenteilige Meinung ⁸⁾ beruht auf der m.E. unzutreffenden Einteilung der Leiharbeiter. ⁹⁾ Es ist kein Grund ersichtlich, warum die Leiharbeiter in diesen Fällen rechtlich anders zu behandeln sein sollten, als sonst. Es liegt hier im Verhältnis Leiharbeiter - Entleiher kein "besonders geartetes personenrechtliches Treueverhältnis" vor, ¹⁰⁾ sondern, wie sonst

3) vgl. RG Gruchot 61, 633; RGLZ 1916, 235

4) vgl. oben S.25 f.

5) vgl. LAG Hamburg v. 12.10.46 AR-Blattei Rspr. Nr. 223

6) vgl. dazu Schelp, S. 87 f., von dem auch die m.E. zutreffende Bezeichnung "gemischte Rechtsverhältnisse" stammt (S. 95)

7) vgl. Schelp, S. 96

8) vgl. Beine, AR-Kartei unter C V; Trieschmann, Betrieb 56 Beilage 16 unter II 3 und III 3

9) vgl. oben S. 13 f.

10) So Beine, AR-Kartei unter V und VI, Archiv f. Urheber-Film- und Theaterrecht Bd. 16, S. 315; Trieschmann aaO. III 3

beim Leiharbeitsverhältnis ein aus der Aufspaltung der Arbeitgeberfunktionen sich ergebendes, teilweises Arbeitsverhältnis. Es kann daher hinsichtlich der Rechtsstellung des Leiharbeiters bei den gemischten Rechtsverhältnissen auf die Rechtsstellung des Leiharbeiters im allgemeinen verwiesen werden, da hier keine Besonderheiten gelten.

§ 17. Die Rechtsstellung des unter Verletzung des AVAVG verliehenen Arbeitnehmers.

Daß das auf Grund unzulässiger Arbeitsvermittlung eingegangene Leiharbeitsverhältnis im Interesse des Leiharbeiters nicht als unwirksam angesehen werden kann, ist oben schon erörtert worden.¹⁾

Im folgenden soll nur noch kurz auf die Rechtsstellung des Leiharbeiters in diesen Fällen eingegangen werden, da die Zahl solcher Leiharbeiter heute praktisch ohne Bedeutung ist.

Vorweg möchte ich nochmals darauf hinweisen, daß Arbeitnehmer, die nie im Verleiherbetrieb beschäftigt werden, der in diesen Fällen regelmäßig nur aus einem Vermittlungsbüro besteht, nach der eingangs gewählten Begriffsbestimmung nicht zu den Leiharbeitern gehören.²⁾ Sie treten zum Verleiher in kein Arbeitsverhältnis, da es an der Arbeitspflicht als einer der Hauptpflichten fehlt.³⁾ Es besteht hier nur ein - gegen das AVAVG verstoßender - schuldrechtlicher Arbeitsplatzbeschaffungsvertrag,⁴⁾ der den Verleiher zur Zuweisung von Arbeitsplätzen, den Leiharbeiter zur Arbeitsaufnahme im Betrieb des zugewiesenen

1) vgl. S. 22 f.

2) vgl. oben S. 1 und S. 17

3) Im Ergebnis ebenso: Hofrichter, S. 196/197; Beine, AR-Kartei unter C III; Höcker, RdA 54, 129 rechts; Endemann, BB 51, 787; a.A. Nikisch, S. 216/217, der nicht unterscheidet, ob der Leiharbeiter nur ausgeliehen wird oder auch zeitweise beim Verleiher arbeitet. Das Arbeitsverhältnis zum Verleiher werde planmäßig dadurch erfüllt, daß der Leiharbeiter ständig bei anderen Unternehmern arbeite.

4) vgl. Herschel, JW, 37, 1115

Unternehmers verpflichtet. Zu diesem entsteht durch die einverständliche Arbeitsaufnahme ausdrücklich oder stillschweigend ein Arbeitsvertrag und damit ein Arbeitsverhältnis, aber kein Leiharbeitsverhältnis. Eine gegenteilige Erklärung des Unternehmers ("Entleiher") wäre, auch wenn sie mit Zustimmung des Leiharbeiters geschieht,⁵⁾ als protestatio facto contraria wirkungslos.⁶⁾ Zwischen dem Arbeitnehmer und dem "Entleiher" entsteht somit hier ein normales Arbeitsverhältnis mit allen Wirkungen, das mit dem Leiharbeitsverhältnis nichts als eine gewisse äußere Ähnlichkeit des Vorgangs gemein hat. Dieser Fall ist daher aus dem Leiharbeitsverhältnis auszuschneiden.

Bei den Leiharbeitern aber, die zwar auch beim Verleiher tätig sind, jedoch gewerbsmäßig oder regelmäßig (überwiegend) an andere Unternehmer ausgeliehen werden, besteht grundsätzlich kein Unterschied zu der oben entwickelten Rechtsstellung des Leiharbeiters im "Normalfall", indes werden hier in größerem Umfange abweichende vertragliche Abmachungen bestehen. Es liegt aber die gleiche Aufspaltung des Arbeitsverhältnisses vor wie sonst auch beim Leiharbeitsverhältnis.⁷⁾

Kein Anlaß besteht daher zu der Annahme, das Arbeitsverhältnis zum Verleiher wandle sich in diesen Fällen in ein ruhendes Arbeitsverhältnis um, in dem die Hauptpflichten der Lohnzahlung und Arbeitsleistung fehlten, während zum Entleiher ein volles Arbeitsverhältnis begründet werde.⁸⁾ Erst recht ist m.E. die Auffassung abzulehnen, daß in diesen Fällen (beim sog. "unechten" Leiharbeiter) zum Verleiher kein Arbeitsverhältnis und als Folge dessen aber

5) vgl. Endemann, BB 51, 787 rechte Spalte.

6) vgl. Nikisch, S. 217 Anm. 49; die Bedenken Endemanns, BlSt SozArbR 53, 362 r. scheinen insofern unbegründet, bedenklich daher auch Endemann BB 54, 474, wo er das Entstehen eines Arbeitsverhältnisses für vertraglich abdingbar hält. Im übrigen halte ich die getrennte rechtliche Beurteilung je nachdem ob der "Verleiher" die Arbeitnehmer unabhängig vom "Entleiher" oder nur im Einverständnis mit ihm einstellt, im Gegensatz zu Endemann nicht für nötig.

7) vgl. Hueck, S. 476; Nikisch, S. 217

8) So Hofrichter, S. 207, 208; Höcker, RdA 54, 129 links

ein solches zum Entleiher entstehe, da sich der Leiharbeiter hier nicht unbedingt, sondern nur bis zur Möglichkeit des Ausleihens an einen anderen Unternehmer zur Verfügung stelle und es daher an einer beiderseitigen arbeitsgemeinschaftlichen Bindung fehle. ⁹⁾ Abgesehen davon, daß die Annahme, der Leiharbeiter wolle sich hier nicht "unbedingt" zur Verfügung stellen, schon etwas willkürlich erscheint - worin sollte sich denn dieses "Nur bedingt Zurverfügungstellen" zeigen? - ist es aber kein wesentliches Merkmal des Arbeitsverhältnisses, daß sich ein Arbeitnehmer "unbedingt" zur Verfügung stellt, ¹⁰⁾ es reicht, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer sich über die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers grundsätzlich einig sind, und es schadet nicht, wenn diese nur auflösend oder aufschiebend bedingt durch die Möglichkeit des Verleihens besteht, wenn sie nur überhaupt besteht. Insofern erscheint auch Trieschmanns Ansicht, bei Tätigwerden des Leiharbeiters im Verleiherbetrieb entstehe ein befristetes oder auflösend bedingtes Arbeitsverhältnis ¹¹⁾ zu konstruiert und nicht folgerichtig, denn hier stellt sich der Leiharbeiter ja auch nur "bedingt" durch die Möglichkeit erneuten Ausleihens zur Verfügung, ohne daß dieser Umstand die Entstehung einer - wenn auch nur befristeten oder auflösend bedingten - Arbeitsverhältnisses hindern soll. Die immer wieder neue Begründung eines Arbeitsverhältnisses durch die jeweilige Rückkehr und seine Auflösung durch jede Abstellung zu einem anderen Unternehmer entspricht m.E. auch nicht der Sachlage, da den Parteien kein derartiger Wille zu einer jeweiligen Neubegründung und Wiederauflösung des Arbeitsverhältnisses unterstellt werden kann, sondern nur eine fortdauernde Rechtsbindung ihrem Willen und ihren Vorstellungen entspricht. Diese fortdauernde Rechtsbindung wiederum ist aber kein schuldrechtliches Arbeitsplatzbeschaffungsvertrag, da sie eine grundsätzlich bestehende Arbeits-

9) So Trieschmann, RdA 55, 56 und Betrieb 56 Beilage 16 unter III 2; im Ergebnis ebenso Marx, ArbR 1929, 351; Beine, AR-Kartei unter C II

10) vgl. oben S. 17/18

11) aaO. unter III 2 b

pflicht des Arbeitnehmers mit beinhaltet, sondern eben deshalb ein Arbeitsverhältnis, das seinen Charakter nicht dadurch verliert, daß der Arbeitnehmer seiner Arbeitspflicht überwiegend in fremden Betrieben nachkommt.

Es scheint aber auch überflüssig, neben diesem Arbeitsverhältnis noch einen besonderen schuldrechtlichen Vertrag über die Abstellung an andere Verleiher zu konstruieren. ¹²⁾ Dies ist auch sonst beim Leiharbeitsverhältnis nicht nötig und wird hier auch von niemandem vorgeschlagen. Hofrichter meint mit seiner Konstruktion wohl nur, daß die erforderliche Zustimmung der Leiharbeiter zum Verleihen in diesen Fällen schon von vornherein mit Begründung des Arbeitsverhältnisses gegeben wird. Dies mag je nach den Umständen zutreffen.

Es liegt somit beim gewerbsmäßigen bzw. überwiegenden Ausleihen von Arbeitnehmern kein Sachverhalt vor, der eine vom Normalfall des Leiharbeitsverhältnisses grundsätzlich verschiedene rechtliche Behandlung erfordern würde. Es entsteht auch hier zum Verleiher ein Arbeitsverhältnis, und es tritt mit dem Ausleihen die schon beschriebene Aufspaltung des Arbeitsverhältnisses ein, ohne daß das Arbeitsverhältnis zum Verleiher erlischt und zum Entleiher ein volles Arbeitsverhältnis entsteht. Abweichungen ergeben sich nur aus den besonderen Vereinbarungen der Parteien. ¹³⁾ Es ist m.E. auch hier kein Grund vorhanden, dem Entleiher gegenüber dem Leiharbeiter ein selbständiges Kündigungsrecht zu geben. ¹⁴⁾ Man wird aber dem Leiharbeiter ein Recht zur fristlosen Kündigung gegenüber dem Verleiher geben müssen, da es nicht gerechtfertigt erscheint ihn gegen seinen Willen an ein auf gesetzwidrige Weise zustandegekommenes Arbeitsverhältnis zu binden. ¹⁵⁾

12) So Hofrichter, S. 207

13) vgl. Hueck, S. 476; ähnlich Nikisch, S. 217

14) So Nikisch, S. 217

15) vgl. oben S. 23

6. Kapitel

DER LEIHARBEITER IM BETRIEBSVERFASSUNGSRECHT

Als problematisch kommen hier in Betracht die Wahlberechtigung des Leiharbeiters (§§ 6, 7 BetrVG) und das Mitwirkungsrecht des Betriebsrats des Entleiherbetriebs bei der Einstellung des Leiharbeiters (§§ 61, 62 BetrVG).

§ 18. Wahlrecht zum Betriebsrat

Um in einem Betrieb wahlberechtigt zu sein, müssen die Arbeitnehmer dem Betrieb angehören, d.h. dort eingegliedert und tätig sein, innerhalb der betrieblichen Organisation ihren Platz haben und in einem Arbeitsverhältnis zum Inhaber des Betriebes stehen.¹⁾ Diese Voraussetzungen sind auch beim Leiharbeiter mit dem Eintritt in den Entleiherbetrieb gegeben. Er ist Belegschaftsmitglied des Entleiherbetriebes geworden und muß daher dort wahlberechtigt sein;²⁾ daß er nicht einen normalen Arbeitsvertrag mit dem Entleiher geschlossen hat, sondern ihm nur vom Verleiher auf Zeit zur Verfügung gestellt wurde, wodurch ein beschränktes Arbeitsverhältnis zum Entleiher entstand,³⁾ kann für das Wahlrecht im Entleiherbetrieb nicht von Bedeutung sein, da dieses seinem Zweck nach, die Mitbestimmung der Arbeitnehmer zu garantieren, von privatrechtlichen Vereinbarungen, die vom Normalfall des Arbeitsverhältnisses abweichen, unabhängig sein muß. Es wäre andernfalls auch die Gefahr einer Umgehung des Mitbestimmungsrechts der Arbeitnehmer gegeben. Es scheint daher verfehlt, das Wahlrecht des Leiharbeiters im Entleiherbetrieb zu verneinen.⁴⁾

1) vgl. Fitting-Kraegeloh, Anm. 6; Dietz, Anm. 2; Galperin-Siebert, Anm. 4; alle zu § 6 BetrVG

2) vgl. Hueck, S. 475; Nikisch, S. 215

3) vgl. oben S. 49/50

4) So Höcker, RdA 54, 129, weil das Arbeitsverhältnis zum Verleiher als Existenzgrundlage des Leiharbeiters als wesentlicher anzusehen sei, daher nur ein Wahlrecht im Verleiherbetrieb in Betracht komme. Ebenso ein unveröffentlichter bei Höcker und Endemann BB 54, 475 zitierter Beschluß des LAG Hamm v. 3.12.53, ablehnend dazu Endemann aaO.

Andererseits ist der Leiharbeiter aber auch Arbeitnehmer des Verleiherbetriebes geblieben, ^{4a)} seine Ausgliederung ist zeitlich und dem Zweck des Verleihs nach beschränkt und er ist verpflichtet, jederzeit auf Abruf des Verleihers in dessen Betrieb zurückzukehren. Er bleibt also auch dort Belegschaftsmitglied, ohne daß das Verleihen daran etwas ändert, da diese Ausgliederung rein äußerlich ist. Dem Leiharbeiter im Verleiherbetrieb die Wahlberechtigung abzusprechen, würde daher ebenso dem Zweck des Mitbestimmungsrechts - der Leiharbeiter hat naturgemäß auch im Verleiherbetrieb ein Interesse daran - widersprechen und u.U. seiner Umgehung Vorschub leisten.

Der Leiharbeiter ist daher, wie es auch der hier vertretenen Ansicht von der Aufteilung des Arbeitsverhältnisses entspricht, Belegschaftsmitglied beider Betriebe und in beiden Betrieben wahlberechtigt. ⁵⁾ Es ist kein Grundsatz des Betriebsverfassungsrechts, daß ein Arbeitnehmer nicht in mehreren Betrieben wahlberechtigt sein kann. ⁶⁾ Das aktive Wahlrecht von einer gewissen Dauer der Zugehörigkeit im einen oder anderen Betrieb abhängig zu machen, findet im BetrVG keine Grundlage und wäre wohl auch zu schematisch, da der Leiharbeiter unabhängig von der Beschäftigungsdauer grundsätzlich in beiden Betrieben an der Mitbestimmung zumindest in personeller und sozialer Hinsicht interessiert ist.

Unter grundsätzlicher Anerkennung des Wahlrechts in beiden Betrieben halten jedoch manche eine Differenzierung für erforderlich, je nachdem ob die Bindung an den Verleiher- oder Entleiherbetrieb überwiege. ⁷⁾ Die Entscheidung sei

4a) vgl. oben S. 63

5) So auch die wohl überwiegende Meinung, vgl. schon zu § 20 BRB: Flatow, Anm. 15; Dersch, Anm. 26; Mansfeld, Anm. 2d. Zu § 6 BetrVG; Fitting-Kraegeloh, Anm. 7; Erdmann, Anm. 3; Bobrowski-Gaul, S. 54; vgl. auch Dietz, Anm. 8 zu § 9 PersVG und Breu Anm. 10 zu § 9 BayPVG. Die Möglichkeit eines Wahlrechts in beiden Betrieben räumen auch Hueck, S. 475 und Nikisch, S. 215 Anm. 43 ein; vgl. auch Dietz, Anm. 5 zu § 6, etwas anders aber jetzt 3. Aufl. § 4 Anm. 14 ("im allgemeinen nicht").

6) vgl. Dietz, Anm. 10; Fitting-Kraegeloh, Anm. 8; Galperin-Siebert, Anm. 13

7) vgl. Galperin-Siebert, Anm. 14 zu § 6; Endemann, BlStSozArbR 53, 363 und BB 54, 475; Maurer, AR-Blattei unter G II 5.

von Fall zu Fall zu treffen, inwieweit das personenrechtliche Gemeinschaftsverhältnis zum Verleiher aufgehoben und zum Entleiher ein solches begründet sei, wo also praktisch völlige Eingliederung vorliege.⁸⁾ So sei z.B. ein Wahlrecht nur im Verleiherbetrieb gegeben, wenn der Verleiher nahezu alle Arbeitgeberpflichten erfülle und der Leiharbeiter beim Entleiher nur seine Arbeit verrichte, umgekehrt bestehe aber nur im Entleiherbetrieb ein Wahlrecht, wenn sich die Rechtsbeziehungen zwischen Verleiher und Leiharbeiter auf einen Wiedereinstellungsanspruch beschränken. Die Entscheidung sei also von den Umständen des Einzelfalles abhängig.⁹⁾

Dieser Erwägung liegt der an sich richtige Gedanke zugrunde, daß es im Einzelfall dem Wesen und Zweck der Mitbestimmung widersprechen kann, einem Arbeitnehmer, der praktisch nicht zum Betrieb gehört, doch dort die Wahlberechtigung zu geben. Trotzdem ist diese Ansicht m.E. abzulehnen. Ganz abgesehen davon, daß eine solche Abgrenzung, wie weit die Bindung an den einen oder anderen Betrieb überwiege, keine klare Grenzziehung ermöglicht und so zu Rechtsunsicherheit führt, ist sie auch nicht geeignet, dem Gedanken der Mitbestimmung gerecht zu werden. Da der Leiharbeiter grundsätzlich Belegschaftsmitglied beider Betriebe ist, ist auch sein Interesse an der Mitbestimmung in beiden Betrieben grundsätzlich gleich groß. Dieses Interesse an beiden Betrieben ist aber im Einzelfall schwer abzuwägen und kann m.E. nicht - worauf die Ansicht von Galperin und Endemann letztlich hinausläuft - von der im Belieben der Beteiligten stehenden Verteilung der Arbeitgeberfunktionen zwischen Verleiher und Entleiher abhängig gemacht werden. Die beteiligten Unternehmer hätten es hier wieder in der Hand, das Mitbestimmungsrecht im einen oder anderen Betrieb durch privatrechtliche Manipulationen zu umgehen. Um dies zu verhindern und eine praktisch schwer durchführbare Abgrenzung zu vermeiden, muß man es m.E. in Kauf nehmen, daß im

8) Endemann aaO.

9) vgl. Galperin, Endemann aaO.

einen oder anderen Fall ein dem Betrieb fremder gegenüberstehender Arbeitnehmer dort wahlberechtigt wird. Es ist daher der h. M. beizutreten, daß der Leiharbeiter in beiden Betrieben wahlberechtigt ist.

§ 19. Mitwirkung des Betriebsrates bei der Einstellung des Leiharbeiters im Entleiher-Betrieb

Dahingestellt bleiben kann hier m.E. die Streitfrage, ob unter Einstellung in den Betrieb i.S. der §§ 60, 61 BetrVG die tatsächliche, auf beiderseitiger Willensübereinstimmung beruhende Aufnahme (Eingliederung) des Arbeitnehmers in den Betrieb ¹⁾ oder die Begründung eines Arbeitsverhältnisses, d.h. der Abschluß eines Arbeitsvertrages ²⁾ verstanden werden kann. Immerhin besteht das Mitwirkungsrecht des Betriebsrates in personellen Angelegenheiten jedenfalls zum Schutz des Gesamtinteresses der Belegschaft, das durch personelle Maßnahmen, die auf die Zusammensetzung der Arbeitnehmer, den Betriebsfrieden und die Ordnung des Betriebes einwirken, gefährdet sein kann. ³⁾ Richtig erscheint daher die Ansicht von Dietz aaO., dieses Gesamtinteresse werde vor allem durch die tatsächliche Einstellung eines Arbeitnehmers berührt, unter Einstellung sei daher vor allem die tatsächliche Eingliederung in den Betrieb zu verstehen. Zu einer Anwendung des § 61 BetrVG müßte man daher auch kommen, wollte man das Entstehen von Rechtsbeziehungen Entleiher - Leiharbeiter leugnen. Bei der Aufnahme des Leiharbeiters in den Entleiherbetrieb handelt es sich aber nicht nur um eine rein tatsächliche Eingliederung, sondern es entstehen unmittelbare Rechtsbeziehungen zum Entleiher, die zwar nicht in einem normalen, vollen Arbeitsverhältnis, sondern in dem schon charakterisierten teilweisen Arbeitsverhältnis bestehen. Das kann aber betriebsverfassungsrechtlich auch dann keinen Unterschied machen, wenn

1) So Dietz, Anm. 9 zu § 60; Galperin-Siebert, Anm. 6; Erdmann Anm. 7

2) So Fitting-Kraegeloh, Anm. 9 zu § 60 und Anm. 2 zu § 61; Nipperdey, Lehrb. § 71 II 1 mit weiteren Nachw.

3) vgl. Dietz, Anm. 9; Fitting-Kraegeloh, Anm. 1 zu § 60

man zur Einstellung i.S. § 61 BetrVG die Begründung eines Arbeitsverhältnisses verlangt, da der Leiharbeiter jedenfalls auf Grund arbeitsvertraglicher Beziehungen in den Entleiherbetrieb eingegliedert wird. Es ist betriebsverfassungsrechtlich ohne Bedeutung, daß diese arbeitsvertraglichen Beziehungen nur auf Begründung eines teilweisen, beschränkten Arbeitsverhältnisses gerichtet sind. Die Rechtslage ist hier, was die betriebsverfassungsrechtliche Seite anbelangt, praktisch dieselbe wie bei Begründung eines befristeten oder eines Aushilfs-Arbeitsverhältnisses. Auch hier wird das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nicht bestritten. Beim Leiharbeitsverhältnis eine andere Entscheidung zu treffen, brächte die Gefahr einer Umgehung des § 61 BetrVG mit sich.

Der Anwendung von § 61 BetrVG auf die Einstellung des Leiharbeiters steht auch nicht entgegen, daß § 61 auf die Einstellung eines "Bewerbers" abstellt, denn Bewerber ist nicht nur ein Arbeitssuchender, sondern jede für die Beschäftigung im Betriebe vorgesehene Person. ⁴⁾ Der Betriebsrat ist daher auch bei der Einstellung eines Leiharbeiters zur Mitwirkung i.S. § 61 BetrVG berechtigt. ⁵⁾

Ein Beschluß des Arbeitsgerichts gem. § 62 I hat dann die Folge, daß das Rechtsverhältnis zwischen Leiharbeiter und Entleiher spätestens 14 Tage nach Rechtskraft dieses Beschlusses endet ⁶⁾ und der Entleiher den Leiharbeiter dann nicht mehr beschäftigen darf, sondern ihn dem Verleiher wieder zur Verfügung stellen muß (§ 62 II BetrVG). Ein Schadensersatz des Verleihers gegen den Entleiher wegen Nichterfüllung des Arbeiterverschaffungsvertrages dürfte hier nur in den seltensten Fällen gegeben sein, da der Verleiher von dem Mitwirkungsrecht des Betriebsrates im Entleiher-Betrieb Kenntnis haben und mit einem etwaigen Einspruch rechnen mußte.

4) vgl. Fitting-Kraegeloh, Anm. 5 zu § 61

5) So auch Endemann, BlStSozArbR 53, 363; Bobrowski-Gaul, S.54

6) abw. Bobrowski-Gaul, der zwischen Leiharbeiter und Entleiher keine arbeitsvertraglichen Beziehungen anerkennt, die gem. § 62 I enden könnten.

Was die Anwendbarkeit sonstiger Vorschriften des BetrVG betrifft, so gehört der Leiharbeiter m.E. zu den nicht ständigen Arbeitnehmern des § 20, ist als Arbeitnehmer beider Betriebe in beiden Betrieben teilnahmeberechtigt an der Betriebsversammlung (§§ 41 f.), ferner kann der Betriebsrat nach § 66 IV seine Entlassung verlangen.

Dagegen ist m.E. das Anhörungsrecht des Betriebsrates gem. § 66 I nicht gegeben, wenn der Entleiher den Leiharbeiter dem Verleiher wieder zur Verfügung stellt, da im Verhältnis Leiharbeiter - Entleiher keine eigentliche Kündigung stattfindet, ⁷⁾ was aber Voraussetzung für die Anwendbarkeit von § 66 I ist. Es besteht auch kein Bedürfnis dafür.

7) vgl. oben S. 62/63

ZUSAMMENFASSUNG - LÖSUNGSVORSCHLAG

Das Leiharbeitsverhältnis kann man heute nicht mehr als sozial unerwünscht oder bedenklich bezeichnen. Dies traf nur auf die Fälle des gewerbsmäßigen (regelmäßigen) Verleihens von Arbeitnehmern zu, auf diese Fälle braucht jedoch hier nicht mehr näher eingegangen zu werden, ¹⁾ sie dürften jetzt der Vergangenheit angehören. Aufgabe der Arbeitsverwaltung ist es lediglich noch, darauf zu achten, daß es sich bei den abgeschlossenen Werkverträgen nicht um Scheinverträge handelt, hinter denen sich ein unzulässiges Verleihen von Arbeitnehmern verbirgt.

Davon abgesehen dient das Leiharbeitsverhältnis aber, wie ein Überblick über die praktisch vorkommenden Fälle zeigt, ²⁾ wirtschaftlich durchaus gesunden und berechtigten Bedürfnissen. Das gelegentliche Zurverfügungstellen von Arbeitnehmern an einen anderen Unternehmer ist auch in sozialer Hinsicht ohne Bedenken, da hier die arbeitsrechtliche Stellung des Leiharbeiters, wie in der vorliegenden Arbeit zu zeigen versucht wurde, als gesichert angesehen werden kann und keineswegs eine "Vermietung von Arbeitssklaven" vorliegt. Der Leiharbeiter behält grundsätzlich seine arbeitsrechtliche Stellung im Verleihetrieb, erleidet also hier durch seine Tätigkeit im Entleiherbetrieb keine Nachteile, er tritt aber auch zum Entleiher in ein Rechtsverhältnis (Aufteilung des Arbeitsverhältnisses), soweit dies nötig ist, um einerseits seine ordnungsgemäße Arbeitsleistung im Entleiherbetrieb zu garantieren (Anspruch auf Arbeitsleistung, Direktionsrecht), andererseits den Leiharbeiter dort ebenfalls arbeitsrechtlich zu schützen (Fürsorgepflicht) und grundsätzlich eine soziale Schlechterstellung gegenüber der Stammbesellschaft des Entleiherbetriebes zu vermeiden (z.B. in der Tarifffrage). Auf eine nochmalige Zusammenfassung der Ergebnisse im einzelnen kann hier verzichtet werden, es darf hier auf die entsprechenden Vorkapitel verwiesen werden.

1) vgl. dazu oben S. 8 f.

2) vgl. oben S. 6 f. und 10/11

Es erhebt sich aber noch die Frage, ob und inwieweit noch ein Eingreifen des Gesetzgebers - das Leiharbeitsverhältnis ist bisher gesetzlich nicht geregelt - zur Lösung des Leiharbeiter-Problems notwendig oder jedenfalls wünschenswert erscheint. Im folgenden sollen daher noch die Möglichkeiten gesetzgeberischen Eingreifens einer kritischen Prüfung unterzogen werden.

Zu einem völligen Verbot des Leiharbeitsverhältnisses besteht kein Anlaß, da es, wie oben ausgeführt, wirtschaftlich und sozial durchaus gerechtfertigt ist. An Stelle des Zurverfügungstellens von Arbeitnehmern nur etwa Werkverträge zuzulassen, würde in vielen Fällen nach dem jeweiligen besonderen Zweck des Leiharbeitsverhältnisses wirtschaftlich und arbeitspolitisch nicht möglich oder jedenfalls sehr unzweckmäßig sein; man denke nur an den Fall, daß eine Firma einen Arbeitnehmer in ein abhängiges Unternehmen schickt, um dessen Geschäftsführung zu überwachen, oder an die gemischten Rechtsverhältnisse, bei denen der Abschluß von Werkverträgen den wirtschaftlichen Bedürfnissen oft zuwiderlaufen würde, weil dann der Mieter in der freien Disposition über gemietete Sache und Bedienungspersonal behindert wäre.

Gesetzliche Versuche einer Lösung des Leiharbeiter-Problems können aber auch, abgesehen von einem abzulehnenden Verbot, m.E. nicht in die Richtung gehen, Rechtsbeziehungen nur zwischen Verleiher und Leiharbeiter anzuerkennen, denn das widerspräche, wie schon oben zu zeigen versucht wurde,³⁾ der Natur der Sache, den engen tatsächlichen Beziehungen zwischen Leiharbeiter und Entleiher. Eine gesetzgeberische Lösung könnte ebenfalls nur dahin gehen, die Beziehungen zwischen Leiharbeiter und Entleiher als Rechtsbeziehungen anzuerkennen und zu normieren.

Dies kann aber m.E. wiederum nicht soweit gehen, daß man de lege ferenda die Neubegründung eines vollen aber befristeten oder auflösend bedingten Arbeitsverhältnisses zum

3) vgl. oben S. 46 f.

Entleiher fordert, während das Arbeitsverhältnis zum Verleiher vollständig erlöschen und nur mehr ein schuldrechtlicher Wiedereinstellungs- bzw. Wiedereintrittsanspruch bestehen soll. Dies würde einmal schon einen nach dem Grundgesetz nicht ohne weiteres zulässigen Eingriff in die Vertragsfreiheit der Parteien darstellen, deren Willen eine solche Regelung in vielen Fällen nicht entsprechen wird. Andererseits wäre damit eine soziale Sicherung und Besserstellung des Leiharbeiters - nur dies kann Sinn und Zweck einer Lösung durch den Gesetzgeber sein - in keiner Weise garantiert. Es können vielmehr im Entleiherbetrieb schlechtere Lohn- und Arbeitsbedingungen gelten, als im Verleiherbetrieb, während der Leiharbeiter im Verleiherbetrieb die Anwartschaften auf Aufsteigen in eine höhere Lohn- oder Gehaltsstufe, auf Pension, Gewinnbeteiligung der Arbeitnehmer und sonstige soziale Mehrleistungen, die eine längere Betriebszugehörigkeit voraussetzen, entweder verliert oder ihm doch die Zeit seiner Tätigkeit beim Entleiher mangels eines Arbeitsverhältnisses zum Verleiher hier nicht angerechnet wird. Weiter ist sehr fraglich, wo hier der Kündigungsschutz eingreifen soll. Beim Entleiher müßte ihn der Leiharbeiter erst erwerben und beim Verleiher erlischt er mit dem Arbeitsverhältnis. Eine entsprechende Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes auf den schuldrechtlichen Wiedereinstellungsanspruch des Leiharbeiters wäre jedenfalls problematisch.

Aus diesen Überlegungen dürfte sich wohl ergeben, daß eine Lösung des Leiharbeiter-Problems nicht in einer Auflösung des Arbeitsverhältnisses zum Verleiher und einer Neubegründung zum Entleiher zu suchen ist. Der Einwand, der Arbeitnehmer brauche in die Abordnung in einen Entleiherbetrieb nicht einzuwilligen, wenn er sich dadurch schlechter stelle, ⁴⁾ verkennt den Sinn und Zweck einer arbeitsrechtlichen Lösung des Leiharbeitsverhältnisses.

Nur wenig besser erscheint der Vorschlag, während der Zeit des Verleihs solle zum Verleiher ein ruhendes Arbeits-

4) vgl. Bulla, NS-Sozpol 42, 58 rechte Spalte.

verhältnis in Form einer Werksbeurlaubung bestehen, während zum Entleiher ein volles aktives Arbeitsverhältnis bestehen soll. 5) Da hier die Hauptpflichten des Arbeitsverhältnisses: Lohnzahlungs- und Arbeitspflicht, im Verhältnis Leiharbeiter - Verleiher ruhen und neben den übrigen Arbeitsbedingungen nur im Verhältnis Leiharbeiter - Entleiher bestehen, können hier praktisch dieselben Nachteile für den Leiharbeiter entstehen, wie beim gänzlichen Erlöschen des Arbeitsverhältnisses zum Verleiher (vgl. oben). Die Lage des Leiharbeiters würde dadurch im Vergleich zu der in dieser Arbeit vertretenen Lösung nicht verbessert, sondern nur verschlechtert. Das gewiß berechtigte Bestreben, zum Entleiher ein Arbeitsverhältnis anzunehmen, weil ihm die Arbeitsleistung des Leiharbeiters zugutekommt und er in dessen Betrieb eingegliedert ist, darf nicht dazu führen, das vorhandene Rechtsband Leiharbeiter - Verleiher zu leugnen oder zu bagatellisieren und ohne Rücksicht auf den bestmöglichen Schutz des Leiharbeiters rein konstruktiven Erwägungen nachzugehen. Dies gilt sowohl für eine rechtstheoretische Behandlung, wie auch für eine Lösung durch den Gesetzgeber. Die Werksbeurlaubung ist aber vor allem deshalb nicht für eine gesetzgeberische Lösung des Leiharbeitsverhältnisses geeignet, weil sie die Gefahr einer Benachteiligung des Arbeitnehmers nicht ausschließen kann, es sei denn durch eine Reihe von Schutzbestimmungen, was aber beweist, daß mit der Übertragung der Werksbeurlaubung auf das Leiharbeitsverhältnis eben nichts gewonnen wäre. Es würde mit der Werksbeurlaubung ein seiner Natur nach anderer tatsächlicher und rechtlicher Tatbestand unzulässigerweise auf das Leiharbeitsverhältnis übertragen.

Wie die vorstehenden Überlegungen zeigen, wäre es wohl überhaupt für den Gesetzgeber sehr schwer, die Rechtsnatur des Leiharbeitsverhältnisses in der einen oder anderen Richtung grundsätzlich dogmatisch festzulegen. Der praktische

5) Sturn, RABl 1942 V, S. 236; Bulla, NS-Sozpol 42, 58

Wert einer solchen Regelung dürfte ebenfalls nicht groß sein, es ist fraglich, ob damit das Leiharbeitsverhältnis einer (gesetzgeberischen) Lösung näher gebracht würde. Zudem scheint es m.E. im jetzigen Zeitpunkt noch angebrachter, die grundsätzliche Klärung der Rechtsnatur des Leiharbeitsverhältnisses weiter der Wissenschaft und Rechtsprechung zu überlassen.

Es bleibt aber festzuhalten, daß das Leiharbeitsverhältnis einer gesetzlichen Regelung wohl zugänglich und auch bedürftig ist. Dazu darf nochmals darauf hingewiesen werden, daß es sich hier um ein eigenartiges Dreiecksverhältnis Verleiher - Leiharbeiter - Entleiher handelt und daß der Leiharbeiter in arbeitsrechtlichen Beziehungen zu beiden Arbeitgebern steht.⁶⁾ Nachdem es nun im Interesse des arbeitsrechtlichen Schutzes des Leiharbeiters nicht angeht, wie im vorangegangenen zu zeigen versucht wurde, daß der Gesetzgeber eine dieser Beziehungen nicht anerkennt, kommt m.E. auch für eine gesetzliche Lösung des Leiharbeitsverhältnisses nur eine Anerkennung dieses als "aufgespaltenes Arbeitsverhältnis" gekennzeichneten Tatbestandes in Frage. Eine andere Regelung würde der Natur der Sache zuwiderlaufen, auch lassen sich durchschlagende Bedenken dagegen wohl nicht anführen. Eine allgemeine Bestimmung des Inhalts, daß der Leiharbeiter zu beiden Arbeitgebern in einem Arbeitsverhältnis steht,⁷⁾ ist dazu nicht einmal nötig. Wichtig wäre es nur, die arbeitsrechtliche Stellung des Leiharbeiters zwischen den beiden Arbeitgebern durch eine Reihe von Einzelbestimmungen hinsichtlich der wichtigsten Rechte und Pflichten zu normieren. So wäre es wünschenswert, wenn im einzelnen geregelt würde, gegen wen der Leiharbeiter einen Lohnanspruch hat, welcher Tarif für ihn gilt, wie sich Anspruch auf Arbeitsleistung und Fürsorgepflicht unter die beiden Arbeitgeber verteilen, wer von ihnen das Weisungsrecht hat und wie eine Kündigung des Leiharbeitsverhältnisses stattzufinden hat. Diese Regelungen können, soweit nicht der Schutz des Leiharbeiters (z.B. hinsichtlich

6) vgl. oben S. 46 f.

7) vgl. den Entwurf von 1938, § 120 für das mittelbare Arbeitsverhältnis

der Tarifffrage oder der Fürsorgepflicht) eine zwingende Regelung erfordert, ohne Bedenken dispositiv gestaltet werden, um den Parteien für besondere Zwecke Raum für abweichende vertragliche Vereinbarungen zu geben. Der Gesetzgeber könnte sich u.U. auch auf einige Auslegungsregeln beschränken, z.B. wer "im Zweifel" zur Lohnzahlung usw. verpflichtet ist.

Es kann an dieser Stelle wohl darauf verzichtet werden, den Inhalt einer solchen gesetzlichen Regelung des Leiharbeitsverhältnisses im einzelnen zu formulieren. Ich darf hier auf die in den Vorkapiteln gefundenen Ergebnisse verweisen, die ich grundsätzlich auch als Möglichkeit einer gesetzlichen Regelung des Leiharbeitsverhältnisses vorschlagen möchte.

Eine solche gesetzliche Regelung des Leiharbeitsverhältnisses kann aber allenfalls in einem allgemeinen Arbeitsvertragsgesetz bzw. Arbeitsgesetzbuch erfolgen, bis zu dessen Erlaß noch Jahre vergehen werden. Das Leiharbeitsverhältnis wird also noch auf Jahre hinaus ohne gesetzliche Regelung bleiben. Nach dem augenblicklichen Stand von Wissenschaft und Rechtsprechung lassen sich aber bis zu einer etwaigen gesetzlichen Regelung im allgemeinen durchaus vertretbare und befriedigende Ergebnisse erzielen.

Das darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß noch im einzelnen nicht unerhebliche Unterschiede zwischen den verschiedenen Meinungen bestehen. Zur Klärung dieses Meinungsstreits wenigstens einen kleinen Beitrag zu leisten, wurde in der vorliegenden Arbeit der Versuch unternommen.

LEBENSIAUF

Ich bin am 28.9.1934 in München als der Sohn des Bankangestellten Karl Theuersbacher und seiner Ehefrau Anna, geb. Hoch, geboren. Von 1941 bis 1946 besuchte ich die Volksschule in München-Solln. Von dort trat ich dann in das Theresiengymnasium München über, wo ich im Juni 1954 mit gutem Erfolg die Reifeprüfung ablegte. Im Wintersemester 1954/55 immatrikulierte ich mich an der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität in München. Ich besuchte dort unter anderem Vorlesungen über die verschiedenen Gebiete des Privatrechts bei Hueck, Ferid, Pohle und Ulmer, strafrechtliche und öffentlichrechtliche Vorlesungen sowie allgemein-rechtliche Vorlesungen vor allem bei Maurach, Engisch, Maunz, Nawiaskey, Heckel und Berber. Im Herbst 1958 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung mit dem Prädikat "gut". Anschließend daran trat ich in den Vorbereitungsdienst für Rechtsreferendare im Bezirk des Oberlandesgerichts München, wo ich seit März 1959 tätig bin. Zur Zeit bin ich dem Landgericht München zugeteilt.

